



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

6. september 2013*

»Konkurrence — administrativ procedure — beslutning om iværksættelse af en kontrolundersøgelse — Kommissionens beføjelser til kontrolundersøgelser — ret til forsvar — proportionalitet — begrundelsespligt«

I de forenede sager T-289/11, T-290/11 og T-521/11,

Deutsche Bahn AG, Berlin (Tyskland)

DB Mobility Logistics AG, Berlin

DB Energie GmbH, Frankfurt am Main (Tyskland)

DB Netz AG, Frankfurt am Main

DB Schenker Rail GmbH, Mainz (Tyskland)

DB Schenker Rail Deutschland AG, Mainz

Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße mbH (DUSS), Bodenheim (Tyskland),

ved advokaterne W. Deselaers, O. Mross og J. Brückner,

sagsøgere,

mod

Europa-Kommissionen ved L. Malferrari, N. von Lingen og R. Sauer, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

støttet af:

Kongeriget Spanien, i sagerne T-289/11 og T-290/11 først ved abogado del Estado M. Muñoz Pérez, derefter, i sagerne T-289/11, T-290/11 og T-521/11, ved abogado del Estado S. Centeno Huerta,

Rådet for Den Europæiske Union ved M. Simm og F. Florindo Gijón, som befuldmægtigede,

og

* Processprog: tysk.

EFTA-Tilsynsmyndigheden ved X.A. Lewis, M. Schneider og M. Moustakali, som befuldmægtigede,

intervenienter,

angående påstande om annullation af Kommissionens beslutning K(2011) 1774 af 14. marts 2011, K(2011) 2365 af 30. marts 2011 og K(2011) 5230 af 14. juli 2011 om iværksættelse af kontrolundersøgelser i henhold til artikel 20, stk. 4, i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 hos Deutsche Bahn AG samt alle dets datterselskaber (sagerne COMP/39.678 og COMP/39.731)

har

RETTEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, I. Pelikánová, og dommerne K. Jürimäe og M. van der Woude (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig K. Andová,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 9. april 2013,

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

- 1 Sagsøgerne, Deutsche Bahn AG, DB Mobility Logistics AG, DB Netz AG, DB Energie GmbH, Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße mbH (DUSS), DB Schenker Rail GmbH og DB Schenker Rail Deutschland AG, samt alle de juridiske personer, som kontrolleres direkte eller indirekte af Deutsche Bahn, udgør en international virksomhed, der udøver aktiviteter i sektoren for national og international jernbanebefordring af varer og passagerer, logistik og biydelser i jernbanetransport. De omfattede datterselskaber ejes direkte eller indirekte 100% af Deutsche Bahn.

Den første kontrolundersøgelse

Den første kontrolundersøgelsesbeslutning

- 2 Kommissionen har ved beslutning K(2011) 1774 af 14. marts 2011 (sagerne COMP/39.678 og COMP/39.731) (herefter »den første kontrolundersøgelsesbeslutning«) pålagt Deutsche Bahn og alle de juridiske personer, som dette selskab kontrollerer direkte eller indirekte, at underkaste sig en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 20, stk. 4, i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 [EF] og 82 [EF] (EFT L 1, s. 1).
- 3 Den første kontrolundersøgelsesbeslutnings artikel 1 har følgende ordlyd:

»Deutsche Bahn AG, [...] samt alle de juridiske personer, som dette selskab kontrollerer direkte eller indirekte, herunder DB Mobility Logistics AG, DB Energie GmbH, DB Schenker Rail GmbH og DB Schenker Rail Deutschland AG, er forpligtet til at underkaste sig en kontrolundersøgelse vedrørende deres adfærd, der kan udgøre en tilsidesættelse af artikel 102 TEUF og EØS-aftalens artikel 54, på området for jernbanebefordring og biydelser i de medlemsstater, hvor DB-koncernens omhandlede

datterselskaber virker inden for jernbanebefordring af passagerer og varer, navnlig i Tyskland. Denne adfærd vedrører en potentielt uberettiget fordelagtig behandling indrømmet af DB Energie GmbH til andre datterselskaber i DB-koncernen, bl.a. i form af en rabatordning vedrørende levering af elektricitet til driften, som giver DB-koncernen mulighed for at hindre konkurrencen på de underliggende markeder for jernbanebefordring.

Kontrolundersøgelsen kan foretages i alle Deutsche Bahn AG-koncernens lokaler (navnlig hos Deutsche Bahn AG, Potsdamer Platz 2, 10785 Berlin, Tyskland, DB Mobility Logistics AG, Potsdamer Platz 2, 10785 Berlin, Tyskland, DB Energie GmbH, Pfarrer-Perabo-Platz 2, 60326 Frankfurt am Main, Tyskland, DB Schenker Rail GmbH, Rheinstrasse 2, 55116 Mainz, Tyskland, og DB Schenker Rail Deutschland AG, Rheinstrasse 2, 55116 Mainz, Tyskland).

Deutsche Bahn AG samt alle de juridiske personer, som dette selskab kontrollerer direkte eller indirekte, herunder DB Mobility Logistics AG, DB Energie GmbH, DB Schenker Rail GmbH og DB Schenker Rail Deutschland AG, giver Kommissionens repræsentanter og de andre af Kommissionen befuldmægtigede personer mulighed for at foretage en kontrolundersøgelse. De giver endvidere den pågældende medlemsstats befuldmægtigede og andre personer, medlemsstaten har udpeget, der assisterer ovennævnte repræsentanter og øvrige personer, adgang til alle lokaler, faste ejendomme og transportmidler i normal kontortid. De fremlægger samtlige de af ovennævnte ansatte og personer krævede bøger og øvrige forretningsdokumenter, uanset i hvilken form de foreligger, til undersøgelse og tillader dem at undersøge disse bøger og dokumenter på det sted, hvor de opbevares, og kopiere eller tage uddrag heraf, uanset hvilket form. De giver dem tilladelse til at forsegle alle forretningslokaler samt bøger eller forretningspapirer i det for kontrolundersøgelsen nødvendige tidsrum og omfang. På begæring fra ovennævnte ansatte eller personer giver selskaberne på stedet straks forklaringer om omstændigheder, der har sammenhæng med kontrolundersøgelsens genstand og formål, og giver alle repræsentanter for eller medlemmer af personalet tilladelse til at give sådanne forklaringer. De tillader, at de afgivne forklaringer optegnes i en hvilken som helst form.«

- 4 Kommissionen har i den første kontrolundersøgelsesbeslutnings artikel 2 præciseret, at kontrolundersøgelsen kan indledes den 29. marts 2011. I beslutningens artikel 3 anføres det, at beslutningen forkyndes for Deutsche Bahn samt alle de juridiske personer, som dette selskab kontrollerer direkte eller indirekte, umiddelbart inden kontrolundersøgelsen.
- 5 Den første kontrolundersøgelsesbeslutning er begrundet således:

»Kommissionen har indiciet for, at DB Energie har mulighed for at anvende en fordelagtig behandling for de pågældende datterselskaber i DB-koncernen, der er til stede på markedet for jernbanebefordring af passagerer og varer i de medlemsstater, hvor disse datterselskaber virker, navnlig i Tyskland, ved en rabatordning vedrørende levering af elektricitet til driften. Denne fordelagtige behandling kan navnlig følge af strukturen af de rabatter, som DB Energie tilbyder, og er muligvis ikke objektivt begrundet. Kommissionen besidder oplysninger, der antyder, at DB Energie allerede tidligere har kunnet anvende lignende rabatordninger for leveringen af elektricitet til driften og dette mindst siden 2002. Desuden kan det ikke udelukkes, at DB Energie allerede tidligere har anvendt denne eller lignende rabatordninger. Det formodes, at denne forretningsmetode giver de pågældende datterselskaber i DB-koncernen mulighed for at opnå en fordel i forhold til deres konkurrenter på de underliggende markeder for jernbanebefordring i de medlemsstater, hvor disse datterselskaber i DB-koncernen udøver virksomhed i sektoren for jernbanebefordring af passagerer og varer, navnlig i Tyskland, og at DB-koncernen således kan hæmme konkurrencen på disse markeder. Den ovenfor beskrevne adfærd udgør, såfremt den godtgøres, en tilsidesættelse af artikel 102 TEUF og EØS-aftalens artikel 54.

For at Kommissionen kan undersøge alle de omstændigheder, der er relevante for den formodede samordnede praksis og den overordnede sammenhæng og samt alle de omhandlede juridiske personers nøjagtige deltagelse, er det påkrævet gennemføre kontrolundersøgelser i henhold til artikel 20 i forordning nr. 1/2003.

Beslutningerne om prisfastsættelse inden for DB-koncernen er sandsynligvis blevet truffet på forskellige niveauer i koncernen. Det er desuden sandsynligt, at der også kan findes relevant bevismateriale hos de datterselskaber i DB-koncernen, der sandsynligvis er begunstiget af muligvis uberettigede fordelagtige priser på markedet for jernbanebefordring. Der er således indicier for, at der kan findes bevismateriale på hvert af de steder, der er opregnet i denne beslutnings artikel 1.

Ifølge Kommissionens oplysninger har den prisordning, som DB Energie tidligere anvendte på det tyske marked for jernbanebefordring af passagerer og varer, allerede været genstand for retstvister i Tyskland, hvori de regeludstedende myndigheder og konkurrencemyndighederne deltog. Det var således de pågældende juridiske personer bekendt, at de regeludstedende myndigheder og konkurrencemyndighederne kontrollerer deres prisfastsættelse. Desuden har Kommissionen tidligere fastslået, at DB-koncernens prisfastsættelsespraksis var i strid med artikel 102 TEUF, hvilket blev tiltrådt af Unionens retsinstanser. De pågældende juridiske personer ville således kunne forsøge at skjule, bortskaffe eller tilintetgøre bevismateriale, der har sammenhæng med denne praksis, for at forhindre, at den muligvis ulovlige praksis vedrørende prisfastsættelse blev opdaget.

For at sikre, at kontrolundersøgelserne er effektive, er det væsentligt, at de foretages uden forudgående varsel til de juridiske personer, som formodes at have deltaget i overtrædelserne, og at de foretages samtidigt på flere steder.

Med henblik herpå er det nødvendigt at vedtage en beslutning i henhold til artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 om anordning af en kontrolundersøgelse hos de juridiske personer.«

Gennemførelsen af den første kontrolundersøgelse

- 6 Om morgenen den 29. marts 2011 mødte 32 af Kommissionens ansatte op i sagsøgernes lokaler i Berlin (Tyskland), i Frankfurt am Main (Tyskland) og i Mainz (Tyskland) og forkyndte den første kontrolundersøgelsesbeslutning for dem, vedtaget i henhold til artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003.
- 7 Sagsøgerne kontaktede deres advokater, som deltog i kontrolundersøgelsen fra den første dag. Sagsøgerne har hverken fremsat indsigelser mod kontrolundersøgelsen eller gjort gældende, at der ikke blev fremlagt en retskendelse. Sagsøgerne har heller ikke modsat sig kontrolundersøgelsen i henhold til artikel 20, stk. 6, i forordning nr. 1/2003 efter forkyndelsen. Kommissionen har følgelig på intet tidspunkt anmodet om bistand fra medlemsstatens myndigheder i henhold til nævnte forordnings artikel 20, stk. 6.
- 8 Efter forkyndelsen af den første kontrolundersøgelsesbeslutning underskrev repræsentanter for virksomheden forkyndelsesrapporten. De forelagde inspektørerne virksomhedens organigrammer og telefonlister. De besvarede spørgsmål om visse ansattes identitet. De ledsagede inspektørerne til de således angivne personers kontorer, og de fremsatte ikke indsigelser mod undersøgelsen af disse kontorer. Akterne i disse kontorer blev gennemgået, undertiden i deres helhed. Inspektørerne søgte ligeledes efter elektroniske dokumenter, som f.eks. e-mails, på grundlag af visse kodeord.
- 9 Mellem den 29. marts 2011 om morgenen og den 31. marts 2011 omkring kl. 14:00 fandt Kommissionens inspektører i DB Schenker Rail Deutschlands lokaler i Mainz dokumenter, som Kommissionen fandt kunne give formodning for, at der forelå en konkurrencebegrænsende adfærd. Formålet med denne konkurrencebegrænsende adfærd var forskelsbehandling af konkurrenter inden for jernbanebefordring ved infrastrukturer, som sagsøgerne forvaltede, og ved visse forbundne tjenesteydelser. Såfremt et dokument utvetydigt var forbundet med disse nye mistanker, blev dette dokument lagt til side for sig selv.

- 10 Kommissionen fandt det nødvendigt at iværksætte en undersøgelse vedrørende DUSS, hvilket gav grundlag for at vedtage en anden kontrolundersøgelsesbeslutning.
- 11 Den første kontrolundersøgelse blev afsluttet hos Deutsche Bahn og DB Mobility Logistics i Berlin den 31. marts 2011.

Den anden kontrolundersøgelse

Den anden kontrolundersøgelsesbeslutning

- 12 Ved beslutning K(2011) 2365 af 30. marts 2011 (sagerne COMP/39.678 og COMP/39.731) (herefter »den anden kontrolundersøgelsesbeslutning«) pålagde Kommissionen Deutsche Bahn og alle de juridiske personer, som dette selskab kontrollerede direkte eller indirekte, at underkaste sig en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003.
- 13 Den anden kontrolundersøgelsesbeslutnings artikel 1 har følgende ordlyd:
- »Deutsche Bahn AG [...] samt alle de juridiske personer, som dette selskab kontrollerer direkte eller indirekte, herunder DB Mobility Logistics AG, DB Netz AG, Deutsche Umschlagengesellschaft Schiene-Straße (DUSS) mbH, DB Schenker Rail GmbH og DB Schenker Rail Deutschland AG, er forpligtet til at underkaste sig en kontrolundersøgelse vedrørende deres adfærd, der kan udgøre en tilsidesættelse af artikel 102 TEUF og EØS-aftalens artikel 54, på området for jernbanebefordring og biydelse i de medlemsstater, hvor DB-koncernens omhandlede datterselskaber virker inden for jernbanebefordring, navnlig i Tyskland. Denne adfærd vedrører en potentielt uberettiget forskelsbehandling iværksat af Deutsche Umschlagengesellschaft Schiene-Straße (DUSS) mbH i forhold til DB-koncernens konkurrenter for at give DB-koncernen mulighed for at hindre konkurrencen på de underliggende markeder for jernbanebefordring. Kontrolundersøgelsen kan foretages i alle Deutsche Bahn AG-koncernens lokaler [...]«
- 14 Kommissionen har i den anden kontrolundersøgelsesbeslutnings artikel 2 præciseret, at kontrolundersøgelsen kan indledes den 30. marts 2011. I beslutningens artikel 3 anføres det, at kontrolundersøgelsesbeslutningen forkyndes for Deutsche Bahn samt alle de juridiske personer, som dette selskab kontrollerer direkte eller indirekte, umiddelbart inden kontrolundersøgelsen.
- 15 Den anden kontrolundersøgelsesbeslutning er begrundet således:

»Kommissionen har på grundlag af de oplysninger, den allerede er i besiddelse af, elementer, der antyder, at DUSS ville kunne stille konkurrenter, der virker på markederne for jernbanebefordring i Tyskland, ugunstigt, idet DUSS vanskeliggør deres adgang til DB-terminaler eller forskelsbehandler dem og derved ville kunne misbruge sin dominerende stilling på markedet. Dette ville navnlig kunne følge af den omstændighed, at DUSS giver en uegnet adgang til terminalerne, leverer mindre effektive tjenesteydelser eller nægter adgangen til terminalerne. Kommissionen har indicier for, at denne praksis har været anvendt siden 2007. Det formodes, at de pågældende datterselskaber i DB-koncernen gennem denne forretningsmetode opnår en fordel i forhold til deres konkurrenter på de underliggende markeder for jernbanebefordring i de medlemsstater, hvor DB-koncernens datterselskaber udøver aktiviteter i sektoren for jernbanebefordring, navnlig i Tyskland, og at det således giver mulighed for, at DB-koncernen kan hindre konkurrencen på disse markeder [...]

Ved kontrolundersøgelsen gennemført den 29. marts 2011 i DB-koncernens lokaler vedrørende eventuel ulovlig prispolitik fik Kommissionen kendskab til eksistensen af bevismateriale, som juridiske personer i DB-koncernen var i besiddelse af, og som vedrørte ovennævnte praksis. De pågældende

juridiske personer ville således kunne forsøge at skjule, bortskaffe eller tilintetgøre dette og andet bevismateriale, der har sammenhæng med denne praksis, for at forhindre, at den muligvis ulovlige praksis blev opdaget.

Kommissionen har under ovennævnte kontrolundersøgelse desuden fået kendskab til eksistensen af bevismateriale, der vedrører en muligvis konkurrencebegrænsende adfærd ved en strategisk anvendelse af infrastrukturen forvaltet af DB-koncernens selskaber og leveringen af jernbanetjenesteydelser. Dette formodede adfærdsmønster vedrører navnlig afgang til anlæg til vedligeholdelse og reparation samt leveringen af tilhørende tjenesteydelser. Denne adfærd synes at have til formål at hindre eller vanskeliggøre de aktiviteter, som DB-koncernens konkurrenter udøver i sektoren for jernbanebefordring.

[...]«

Gennemførelsen af den anden kontrolundersøgelse

- 16 Under den første kontrolundersøgelse forkyndte Kommissionen den 31. marts 2011 omkring kl. 14:00 den anden kontrolundersøgelsesbeslutning af 30. marts 2011 for sagsøgerne.
- 17 Sagsøgerne har, bistået af deres advokater, hverken fremsat indsigelser mod den anden kontrolundersøgelsesbeslutning eller gjort gældende, at der ikke blev fremlagt en retskendelse. Sagsøgerne har heller ikke modsat sig kontrolundersøgelsen i henhold til artikel 20, stk. 6, i forordning nr. 1/2003 efter forkyndelsen. Kommissionen har følgelig på intet tidspunkt anmodet om bistand fra medlemsstatens myndigheder i henhold til nævnte forordnings artikel 20, stk. 6.
- 18 Den anden kontrolundersøgelse blev afsluttet hos DB Schenker Rail Deutschland i Mainz den 1. april 2011.

Den tredje kontrolundersøgelse

Den tredje kontrolundersøgelsesbeslutning

- 19 Ved beslutning K(2011) 5230 af 30. marts 2011 (sagerne COMP/39.678 og COMP/39.731) (herefter »den tredje kontrolundersøgelsesbeslutning«) pålagde Kommissionen Deutsche Bahn og alle juridiske personer, som dette selskab kontrollerede direkte eller indirekte, at underkaste sig en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003.
- 20 Den tredje kontrolundersøgelsesbeslutnings artikel 1 har følgende ordlyd:

»Deutsche Bahn AG [...] samt alle de juridiske personer, som dette selskab kontrollerer direkte eller indirekte, herunder Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene Strasse (DUSS) mbh, DB Netz AG, DB Schenker Rail GmbH og DB Schenker Rail Deutschland AG, er forpligtet til at underkaste sig en kontrolundersøgelse vedrørende deres adfærd, der kan udgøre en tilsidesættelse af artikel 102 TEUF og EØS-aftalens artikel 54, på området for jernbanebefordring og biydelser i de medlemsstater, hvor DB-koncernens omhandlede datterselskaber virker inden for jernbanebefordring, navnlig i Tyskland. Denne adfærd vedrører en eventuel uberettiget forskelsbehandling iværksat af Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene Strasse GmbH (DUSS) GmbH i forhold til DB-koncernens konkurrenter, som giver DB-koncernen mulighed for at hindre konkurrencen på de underliggende markeder for jernbanebefordring og således udsætte konkurrenterne for ugunstig konkurrence.

Kontrolundersøgelsen kan foretages i alle Deutsche Bahn AG-koncernens lokaler [...]«

21 Kommissionen har i den tredje kontrolundersøgelsesbeslutnings artikel 2 præciseret, at kontrolundersøgelsen kan indledes den 26. juli 2011. I beslutningens artikel 3 anføres det, at kontrolundersøgelsesbeslutningen forkyndes for Deutsche Bahn samt alle de juridiske personer, som dette selskab kontrollerer direkte eller indirekte, umiddelbart inden kontrolundersøgelsen.

22 Den tredje kontrolundersøgelsesbeslutning er begrundet således:

»Kommissionen foretager for tiden undersøgelser af et potentielt konkurrencebegrænsende adfærdsmønster om strategisk anvendelse af infrastrukturen forvaltet af selskaberne i DB-koncernen. Dette formodede adfærdsmønster omfatter praksis vedrørende adgangen til terminaler og prisfastsættelse for terminalerne samt de deraf følgende tjenesteydelser. Denne praksis' formål kan være at hindre, vanskeliggøre eller gøre DB-koncernens konkurrenters aktiviteter dyrere inden for jernbanebefordring, for hvem adgangen til den pågældende infrastruktur er nødvendig. Kommissionen har som led i sine undersøgelser fra den 29. marts til den 1. april 2011 foretaget kontrolundersøgelser i selskaberne DB AG, DB Mobility Logistics AG, DB Schenker Rail GmbH, DB Schenker Rail DE og DB Energie GmbH's lokaler.

Kommissionen har på grundlag af de oplysninger, den allerede er i besiddelse af, herunder – men ikke alene – oplysninger indhentet under de ovennævnte kontrolundersøgelser, samlet oplysninger, der viser, at DUSS ville kunne stille konkurrenterne på markederne for jernbanebefordring i Tyskland ugunstigt ved at hindre, vanskeliggøre eller gøre adgangen til terminalerne mere byrdefuld ved bl.a. at give uegnet eller dyrere adgang til terminalerne, ved at tilbyde mindre effektive eller dyrere dermed forbundne tjenesteydelser eller ved at nægte adgang til terminalerne eller de dermed forbundne tjenesteydelser. En sådan praksis kan ikke være objektivt begrundet. Kommissionen har indicier, der giver anledning til at antage, at dele af denne praksis har fundet sted siden i hvert fald 2007. Kommissionen har desuden kendskab til et dokument, der henviser til en mulig »skjult rabat«, som DUSS har indrømmet DB Schenker Rail DE. Ifølge dette dokument blev denne adfærd opretholdt i 2010. Kommissionen besidder ikke oplysninger om, hvornår denne rabat var indført.

Det formodes, at de pågældende datterselskaber i DB-koncernen, navnlig DB Schenker Rail DE, gennem denne praksis opnår en konkurrencemæssig fordel i forhold til deres konkurrenter på de underliggende markeder for jernbanebefordring i de medlemsstater, hvor disse datterselskaber i DB-koncernen virker på markedet for jernbanebefordring, navnlig i Tyskland, og at det giver DB-koncernen mulighed for at hindre konkurrencen på de nævnte markeder.«

Gennemførelsen af den tredje kontrolundersøgelse

23 Den 26. juli 2011 omkring kl. 9:30 mødte Kommissionens repræsentanter op i DUSS' lokaler og forkyndte den tredje kontrolundersøgelsesbeslutning, der var vedtaget i henhold til artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003, over for sagsøgerne.

24 Sagsøgerne har, bistået af deres advokater, hverken fremsat indsigelser mod den tredje kontrolundersøgelsesbeslutning eller gjort gældende, at der ikke blev fremlagt en retskendelse. Sagsøgerne har heller ikke modsat sig kontrolundersøgelsen i henhold til artikel 20, stk. 6, i forordning nr. 1/2003 efter forkyndelsen. Kommissionen har følgelig på intet tidspunkt anmodet om bistand fra medlemsstatens myndigheder i henhold til nævnte forordnings artikel 20, stk. 6.

25 Den tredje kontrolundersøgelse blev afsluttet den 29. juli 2011.

Retsforhandlinger og parternes påstande

26 Ved stævninger indleveret til Rettens Justitskontor den 10. juli og den 5. oktober 2011 har sagsøgerne anlagt den foreliggende sag.

- 27 Ved kendelser af 12. januar, 31. januar og 12. marts 2012 fik Rådet for Den Europæiske Union, EFTA-tilsynsmyndigheden og Kongeriget Spanien tilladelse til at intervenere i sagerne T-289/11, T-290/11 og T-521/11 til støtte for Kommissionens påstande, og EFTA-Tilsynsmyndigheden fik tilladelse til at anvende engelsk under den skriftlige og den mundtlige forhandling.
- 28 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Fjerde Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling og har som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse i henhold til artikel 64 i Rettens procesreglement i to tilfælde stillet parterne skriftlige spørgsmål og anmodet dem om at fremlægge visse dokumenter. Parterne har efterkommet denne anmodning inden for den fastsatte frist.
- 29 Ved kendelse afsagt af afdelingsformanden for Rettens Fjerde Afdeling den 22. januar 2013 er sagerne T-289/11, T-290/11 og T-521/11 blevet forenet med henblik på den mundtlige forhandling og dommen.
- 30 Parterne afgav indlæg og besvarede spørgsmål fra Retten under retsmødet den 9. april 2013.
- 31 Sagsøgerne har nedlagt følgende påstande:
- Kommissionens første, anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning annulleres.
 - Subsidiært tiltrædes ulovlighedsindsigelsen vedrørende artikel 20, stk. 4-8, i forordning nr. 1/2003.
 - Alle foranstaltninger truffet på grundlag af de kontrolundersøgelser, der er foretaget i henhold til den første, anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning, annulleres.
 - Kommissionen tilpligtes under varsel om Rettens annullation af Kommissionens fremtidige beslutninger særligt at tilbagelevere samtlige dokumentkopier, som er blevet udfærdiget under kontrolundersøgelserne.
 - Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.
- 32 Kommissionen har, støttet af Kongeriget Spanien, nedlagt følgende påstande:
- Frifindelse.
 - Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.
- 33 Rådet har nedlagt følgende påstande:
- Sagsøgte frifindes, idet søgsmålet er støttet på en ulovlighedsindsigelse vedrørende artikel 20, stk. 4-8, i forordning nr. 1/2003.
 - Afgørelse om sagens omkostninger træffes i overensstemmelse med de herom gældende bestemmelser.
- 34 EFTA-Tilsynsmyndigheden har nedlagt følgende påstand:
- Kommissionen frifindes.

Retlige bemærkninger

- 35 Til støtte for annullationssøgsmålet har sagsøgerne i det væsentlige fremsat fem anbringender.

- 36 De to første anbringender vedrører en tilsidesættelse af sagsøgernes grundlæggende ret til deres boligs ukrænkelighed (artikel 7 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (EUT 2010 C 83, s. 389) og artikel 8 i konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950 (herefter »EMRK«)) som følge af en manglende forudgående retskendelse, samt en tilsidesættelse af sagsøgernes grundlæggende rettighed til en effektiv domstolsprøvelse (artikel 47 i charteret om grundlæggende ret og EMRK's artikel 6) som følge af en manglende forudgående retskendelse og den manglende fuldstændige såvel faktiske som retlige domstolsprøvelse af kontrolundersøgelsesbeslutninger inden for en rimelig frist.
- 37 Sagsøgerne har i replikken efter et skriftligt spørgsmål fra Retten til støtte for det første anbringende subsidiært fremsat en ulovlighedsindsigelse vedrørende artikel 20, stk. 4-8, i forordning nr. 1/2003, såfremt Retten skulle finde, at der i henhold til denne forordning ikke kræves en forudgående retskendelse.
- 38 Det tredje anbringende er udledt af en tilsidesættelse af retten til forsvar, idet den anden og tredje kontrolundersøgelse er støttet på oplysninger, der er indhentet ulovligt under den første kontrolundersøgelse. Ifølge sagsøgerne har Kommissionen bevidst søgt oplysninger om DUSS under den første kontrolundersøgelse, skønt denne kontrolundersøgelse kun vedrørte levering af elektricitet til driften (herefter »EET«).
- 39 Det fjerde anbringende er udledt af en tilsidesættelse af retten til forsvar som følge af en uforholdsmæssigt bred beskrivelse af kontrolundersøgelsesernes genstand i alle tre kontrolundersøgelsesbeslutningers artikel 1, navnlig hvad angår den foreholdte adfærds art, markedets geografiske omfang samt de formodede overtrædelsers varighed.
- 40 Det femte anbringende, der er delvist fælles i de tre sager, er udledt af en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet. Sagsøgerne har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen har overskredet det passende og nødvendige for at nå det tilsigtede mål.
- 41 Kommissionen har gjort gældende, at de fem anbringender, der er fremsat til støtte for den første påstand, skal afvises og/eller i hvert fald er ubegrundede. Kommissionen har gjort gældende, at andet, tredje og fjerde anbringende skal afvises.

Det første anbringende om en tilsidesættelse af retten til boligens ukrænkelighed som følge af en manglende forudgående retskendelse

- 42 Sagsøgerne har med deres første anbringende gjort gældende, at de tre kontrolundersøgelsesbeslutninger, idet de blev truffet uden forudgående retskendelse, ikke overholder de garantier, der er foreskrevet ved princippet om boligens ukrænkelighed, som det er knæsat i artikel 7 i chartret om grundlæggende rettigheder og EMRK's artikel 8.
- 43 Sagsøgerne har i replikken subsidiært, såfremt Retten måtte finde, at der i henhold til forordning nr. 1/2003 ikke kræves en forudgående retskendelse, og at Kommissionen således ikke kunne fremsætte en begæring med henblik på at opnå en sådan tilladelse, fremsat en ulovlighedsindsigelse vedrørende artikel 20, stk. 4-8, i forordning nr. 1/2003.
- 44 Kommissionen har gjort gældende, at det første anbringende og ulovlighedsindsigelsen er både ubegrundet og skal afvises.

Formaliteten

- 45 Kommissionen har fremsat to særskilte afvisningsanbringender.

- 46 For det første har Kommissionen, støttet af Kongeriget Spanien, gjort gældende, at det første anbringende, som er påberåbt til støtte for den første påstand om annullation af de tre kontrolundersøgelsesbeslutninger, i medfør af fast retspraksis i det væsentlige er irrelevant og dermed skal afvises (Domstolens dom af 17.10.1989, forenede sager 97/87-99/87, Dow Chemical Ibérica m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3165, præmis 40 og 41, og Rettens dom af 8.3.2007, sag T-339/04, France Télécom mod Kommissionen, Sml. II, s. 521, præmis 54). Det er Kommissionens opfattelse, at det, forudsat at sagsøgernes anbringende tiltrædes, kun kan påvirke lovligheden af kontrolundersøgelsens forløb og ikke selve kontrolundersøgelsesbeslutningens lovlighed.
- 47 Det skal i denne forbindelse for det første fastslås, at Kommissionen i sine skriftlige indlæg har fastlagt en urigtig forbindelse mellem spørgsmålet, om et klagepunkt eller et anbringende er irrelevant, og spørgsmålet, om det kan antages til realitetsbehandling. At kvalificere et anbringende eller klagepunkt som irrelevant består nemlig i at, uden at der er grund til at undersøge, om det er velbegrunder, at anse det for ikke at kunne påvirke afgørelsen af tvisten. Derimod er et anbringende eller klagepunkt, der skal afvises, selv om det kan påvirke tvistens afgørelse, ikke fremsat på de betingelser, der giver retsinstansen mulighed for at vurdere, om det er velbegrunder. I modsætning til hvad Kommissionen har gjort gældende, kan det forhold, at et argument er irrelevant, under alle omstændigheder ikke medføre, at det skal afvises.
- 48 For det andet er Kommissionens argumentation om, at sagsøgernes argumenter er irrelevante, støttet på en urigtig fortolkning af det første anbringende.
- 49 I dommen i sagen Dow Chemical Ibérica m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 46 (præmis 40 og 41), og i sagen France Télécom mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 46 (præmis 54), har Unionens retsinstanser bemærket, at en retsakts lovlighed i medfør af fast retspraksis skal vurderes ud fra de faktiske og retlige forhold, der forelå på det tidspunkt, hvor denne retsakt blev vedtaget, og at den måde, hvorpå en beslutning om iværksættelse af en kontrolundersøgelse blev anvendt, ikke påvirker lovligheden af beslutningen om iværksættelse af kontrolundersøgelsen.
- 50 Med det første anbringende har sagsøgerne derimod ønsket, at Retten identificerer et nyt formkrav, som skulle påvirke kontrolundersøgelsesbeslutningernes lovlighed. Ifølge sagsøgerne skal det første anbringende, for så vidt som en kontrolundersøgelsesbeslutning nødvendigvis skal være »forbundet« eller »tilknyttet« opnåelsen af en fuldmagt, nødvendigvis forstås således, at alene kontrolundersøgelsesbeslutninger, der foreskriver en forudgående indhentelse af en retskendelse, kan vedtages lovligt af Kommissionen.
- 51 I betragtning heraf må Kommissionens argumenter forkastes, for så vidt som sagsøgernes anbringende hverken er irrelevant eller skal afvises.
- 52 For det andet har Kommissionen, støttet af EFTA-Tilsynsmyndigheden, hvad angår ulovlighedsindsigelsen fremsat i replikken gjort gældende, at den er fremsat for sent i henhold til procesreglementets artikel 48, stk. 2.
- 53 Rådet har gjort gældende, at ulovlighedsindsigelsen kan antages til realitetsbehandling, for så vidt som den vedrører artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003, som er hjemmel for kontrolundersøgelsesbeslutningerne. Eftersom forordningens artikel 20, stk. 5, ikke har nogen forbindelse med de faktiske omstændigheder, og sagsøgerne ikke formelt har gjort indsigelser mod kontrolundersøgelsen, må ulovlighedsindsigelsen vedrørende denne forordnings artikel 20, stk. 5-8, afvises.
- 54 Sagsøgerne har bestridt, at lovlighedsindsigelsen er fremsat for sent, idet den kun præciserer hovedpåstanden.

- 55 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at sagsøgerne med deres første anbringende implicit har rejst tvivl om lovligheden af forordning nr. 1/2003, i henhold til hvilken denne beslutning er vedtaget. Eftersom det ikke er udtrykkeligt fastsat, at Kommissionen skal indhente en retskendelse fra Retten eller fra en national ret, er forordning nr. 1/2003 ikke i overensstemmelse med det i chartret om grundlæggende rettigheder og EMRK foreskrevne, som fortolket af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter »Menneskerettighedsdomstolen«). Det skal derfor fastslås, at ulovlighedsindsigelsen, som er udtrykkeligt fremsat i replikken, i modsætning til hvad Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden har gjort gældende, udgør en udvidelse i replikkens punkt 17 af et anbringende, der er implicit, men klart fremsat i stævningen (jf. i denne retning Rettens dom af 18.11.2004, sag T-176/01, Ferriere Nord mod Kommissionen, Sml. II, s. 3931, præmis 136 og den deri nævnte retspraksis).
- 56 Som Rådet med rette har anført, kan en ulovlighedsindsigelse, der er fremsat subsidiært i medfør af artikel 277 TEUF, når der i hovedsagen anfægtes en beslutnings lovlighed, kun antages til realitetsbehandling, når der er en forbindelse mellem den anfægtede retsakt og den bestemmelse, hvis ulovlighed påberåbes. For så vidt som artikel 277 TEUF ikke har til formål at gøre det muligt for en part at anfægte anvendeligheden af en generel retsakt, uanset hvilket søgsmål der anlægges, skal ulovlighedsindsigelsens rækkevidde begrænses til det, der er absolut nødvendigt for at afgøre tvisten. Det følger heraf, at den generelle retsakt, hvis ulovlighed påberåbes, skal finde direkte eller indirekte anvendelse på den sag, der er genstand for søgsmålet, og at der skal være en direkte retlig forbindelse mellem den anfægtede individuelle beslutning og den pågældende generelle retsakt (jf. i denne retning Rettens dom af 26.10.1993, forenede sager T-6/92 og T-52/92, Reinartz mod Kommissionen, Sml. II, s. 1047, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis).
- 57 I det foreliggende tilfælde er den første, anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning alene vedtaget i henhold til artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003. Denne forordnings artikel 20, stk. 5, har ingen forbindelse til denne tvist, og sagsøgernes manglende indsigelser har gjort det unødvendigt at anvende ordningen fastsat i artikel 20, stk. 6-8, i forordning nr. 1/2003.
- 58 På baggrund heraf skal det fastslås, at ulovlighedsindsigelsen kun kan antages til realitetsbehandling, for så vidt som den angår artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003.

Om realiteten

- 59 Sagsøgerne har for det første støttet sig på udviklingen i Menneskerettighedsdomstolens praksis, navnlig i dommen i sagen Société Colas Est m.fl. mod Frankrig (af 16.4.2002, Recueil des arrêts et décisions, 2002 III), Société Canal Plus m.fl. mod Frankrig (af 21.12.2010, stævning 29408/08) og i sagen Société Métallurgique Liotard Frères mod Frankrig (af 5.5.2011, stævning 29598/08), for at finde, at en kontrolundersøgelsesbeslutning, der ikke er forbundet med eller tilknyttet en forudgående retskendelse, udgør en tilsidesættelse af deres rettigheder som fastsat i artikel 7 i chartret om grundlæggende rettigheder. Menneskerettighedsdomstolen har ligeledes anført, at kontrolundersøgelserne uden forudgående retskendelse var uforholdsmæssige i forhold til de forfulgte formål.
- 60 Ifølge sagsøgerne er en forudgående retskendelse allerede nødvendig i de fleste medlemsstater, herunder i Tyskland. De har endvidere fremhævet, at en sådan afgørelse allerede er nødvendig for de lokaler, der er omfattet af artikel 21, stk. 3, i forordning nr. 1/2003. Kommissionen er for nuværende den eneste dommer over sine retsakter i tilfælde af kontrolundersøgelse af virksomheders lokaler.
- 61 For det andet har sagsøgerne gjort gældende, at behovet for at fremlægge en forudgående retskendelse ikke kan være begrænset til tilfælde, hvor virksomheden gør indsigelser mod kontrolundersøgelsen; jf. artikel 20, stk. 6, i forordning nr. 1/2003. Sagsøgerne har nemlig for det første anført, at tilsidesættelsen af de grundlæggende rettigheder skete på det tidspunkt, da Kommissionens

repræsentanter gik ind i virksomheden. Sagsøgerne har for det andet anført, at de hverken havde tid eller midler til ved Kommissionens repræsentanters ankomst at kontrollere, om kontrolundersøgelsen var forholdsmæssig. For det tredje har sagsøgerne anført, at Kommissionen har kompetence til at træffe direkte tvangsforanstaltninger, som f.eks. forsegling af lokaler eller bøder. For det fjerde har sagsøgerne anført, at muligheden for at gøre indsigelser mod kontrolundersøgelsen eller mod Kommissionens repræsentanters adfærd er teoretisk i betragtning af risikoen for bøden, der kan pålægges i henhold til artikel 23, stk. 1, litra c), i forordning nr. 1/2003, som man i et sådant tilfælde løber, hvilket ses af både den procedure, Kommissionen ulovligt indledte i sagen mod Sanofi Aventis (Kommissionens dokument med referencen MEMO/08/357 af 2.6.2008) for at straffe den pågældende virksomhed for at ville gøre indsigelser mod kontrolundersøgelsen, og af gennemførelsen af den første kontrolundersøgelse, hvorunder Kommissionens repræsentanter truede med at lukke sagsøgernes computersystem, hvis de ikke fik kodeordene til visse af sagsøgernes ansattes mailkonti.

- 62 Sagsøgerne har i replikken gjort gældende, at det fremgår af Menneskerettighedsdomstolens retspraksis, at kun en situation med umiddelbar fare på det strafferetlige område kan begrunde en manglende forudgående retskendelse, samt at forordning nr. 1/2003 er ulovlig, hvis den ikke giver mulighed for at opnå en forudgående tilladelse.
- 63 Kommissionen har bestridt samtlige sagsøgernes argumenter.
- 64 Det skal indledningsvis fastslås, at det for at vurdere, om den første kontrolundersøgelse er velbegrundet, i det væsentlige skal undersøges, om ordningen indført ved forordning nr. 1/2003 er i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder. Retten finder derfor, at den skal undersøge velbegrundetheden af ulovlighedsindsigelsen hvad angår artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 som led i undersøgelsen af, om det første anbringende er velbegrundet.
- 65 Det skal i denne forbindelse fastslås, at udøvelsen af de beføjelser til kontrolundersøgelser, som Kommissionen er tildelt i henhold til artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003, hos en virksomhed udgør en åbenbar indgriben i virksomhedens ret til respekt for privatlivets fred, dennes bopæl og dens korrespondance. Hverken Kommissionen eller intervenienterne i de foreliggende sager har bestridt dette. Spørgsmålet i det foreliggende tilfælde er således, om den manglende forudgående retskendelse nødvendigvis medfører, at det administrative indgreb er ulovligt, og i givet fald, om ordningen indført ved forordning nr. 1/2003 giver tilstrækkelig beskyttende sikkerhed, når der ikke foreligger en forudgående retskendelse.
- 66 Menneskerettighedsdomstolen har i nyere retspraksis (Menneskerettighedsdomstolen, dommen i sagen Harju mod Finland af 15.2.2011, stævning 56716/09, præmis 40 og 44, og i sagen Heino mod Finland af 15.2.2011, stævning 56715/09, præmis 40 og 44) fremhævet betydningen af at undersøge garantierne, som er så meget desto vigtigere, når kontrolundersøgelserne kan foretages uden forudgående retskendelse. Menneskerettighedsdomstolen har herefter klart fastslået princippet, hvorefter en manglende forudgående retskendelse kan udlignes af en fuldstændig kontrol efter kontrolundersøgelsen.
- 67 Hvad angår Menneskerettighedsdomstolens seneste retspraksis skal det derfor fastslås, at den manglende forudgående retskendelse ikke i sig selv kan medføre, at indgrebet er ulovligt som omhandlet i EMRK's artikel 8.
- 68 Sagsøgernes argumenter med henblik på at relativisere rækkevidden af Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Heino mod Finland og Harju mod Finland, nævnt ovenfor i præmis 66, kan således ikke rejse tvivl om denne konklusion.
- 69 Ifølge sagsøgerne følger det af disse domme, at alene en situation med umiddelbar fare kan begrunde en manglende forudgående retskendelse for at undgå, at en kriminel handling fortsættes.

- 70 Det skal i lighed med Kommissionens opfattelse fremhæves, at præmis 31 i Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Harju mod Finland, nævnt ovenfor i præmis 66, som sagsøgerne har påberåbt sig for at godtgøre betydningen af, at der foreligger en umiddelbar fare, findes i den del af dommen, der gengiver sagsøgtets argumentation, og ikke i den del, hvori Menneskerettighedsdomstolens vurdering fremsættes. Det skal endvidere fastslås, at Menneskerettighedsdomstolens vurdering på ingen måde, og i modsætning til hvad sagsøgerne har gjort gældende, er støttet på, at der foreligger en umiddelbar fare. Tilstedeværelsen af en umiddelbar fare er endvidere ikke et afgørende forhold i Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Mastepan mod Rusland (af 14.1.2012, stævning 3708/03), og i sagen Varga mod Rumænien (af 1.4.2008, stævning 73957/01). Som Kommissionen med rette har fremhævet, styrker den omstændighed, at Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Harju mod Finland og i sagen Heino mod Finland, nævnt ovenfor i præmis 66, hører under strafferetten, deres relevans for de foreliggende sager.
- 71 Sagsøgernes argumenter, der tilsigter at godtgøre, at løsningen i Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Société Colas Est m.fl. mod Frankrig, nævnt ovenfor i præmis 59, finder fuldt ud anvendelse i det foreliggende tilfælde, kan heller ikke tiltrædes.
- 72 Det fremgår nemlig af denne dom, navnlig præmis 49, at den manglende forudgående retskendelse kun er et af de forhold, som Menneskerettighedsdomstolen tager hensyn til for at fastslå, om EMRK's artikel 8 er tilsidesat. Menneskerettighedsdomstolen har navnlig taget hensyn til rækkevidden af de beføjelser, som den kompetente myndighed har, omstændighederne ved indgrebet og det forhold, at ordningen på tidspunktet kun fastsatte et begrænset antal garantier. Denne situation er forskellig fra den gældende situation i unionsretten (jf. præmis 74-99 nedenfor).
- 73 Såfremt den manglende forudgående retskendelse, i modsætning til hvad sagsøgerne har gjort gældende, ikke i sig selv er tilstrækkelig til at medføre, at et indgreb er ulovligt, skal det dog undersøges, om ordningen indført ved forordning nr. 1/2003, og navnlig artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003, og den måde, hvorpå denne er blevet iværksat ved vedtagelsen af de tre kontrolundersøgelsesbeslutninger, gav passende og tilstrækkelige garantier, der svarede til en tilstrækkelig præcis opfattelse af Kommissionens beføjelser. Menneskerettighedsdomstolen har nemlig stedse bemærket, at en acceptabel beskyttelsesgrad mod krænkende indgreb i henhold til EMRK's artikel 8 krævede lovhjemmel og snævre grænser (Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Harju mod Finland, nævnt ovenfor i præmis 66, præmis 39, i sagen Heino mod Finland, nævnt ovenfor i præmis 66, præmis 40, i sagen Varga mod Rumænien, nævnt ovenfor i præmis 70, præmis 70, og i sagen Société Canal Plus m.fl. mod Frankrig, nævnt ovenfor i præmis 59, præmis 54).
- 74 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at der findes fem kategorier af garantier, der for det første vedrører kontrolundersøgelsesbeslutningernes begrundelse, for det andet de begrænsninger, Kommissionen er pålagt ved gennemførelsen af kontrolundersøgelsen, for det tredje Kommissionens manglende mulighed for at gennemtvinge kontrolundersøgelsen, for det fjerde de nationale myndigheders indgriben og for det femte tilstedeværelsen af efterfølgende klagemuligheder.
- 75 Hvad angår en kontrolundersøgelsesbeslutnings begrundelse følger det af retspraksis, at begrundelsen skal vise, at det planlagte indgreb i virksomhederne er berettiget (jf. France Télécom-dommen, nævnt ovenfor i præmis 46, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis). Endvidere skal beslutningen overholde forskrifterne fastsat i artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003. Beslutningen skal således angive kontrolundersøgelsens genstand og formål, indeholde tidspunktet for dens påbegyndelse og oplysning om de i nævnte forordnings artikel 23 og 24 fastsatte sanktioner samt om adgangen til at anlægge sag til prøvelse af beslutningen ved Domstolen. Det følger af retspraksis, at begrundelsen ligeledes skal angive de tilfælde og formodninger, Kommissionen ønsker at efterprøve (Rettens dom af 12.7.2007, sag T-266/03, CB mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 36 og 37).

- 76 Kommissionen skal dog hverken foretage en præcis retlig kvalificering af de formodede overtrædelser eller gøre virksomheden bekendt med alle de oplysninger, den er i besiddelse af, eller angive det tidsrum, hvori den mistænkte overtrædelse har fundet sted (France Télécom-dommen, nævnt ovenfor i præmis 46, præmis 58).
- 77 For at sikre, at virksomheden har mulighed for at benytte sin indsigelsesret, skal kontrolundersøgelsesbeslutningen ud over de forhold, der er opregnet i artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003, indeholde en beskrivelse af kendetegnene ved den mistænkte overtrædelse, under angivelse af det formodede relevante marked og anførelse af de formodede konkurrencebegrænsninger, samt de sektorer, der er omfattet af den af undersøgelsen omhandlede formodede overtrædelse, forklaringer af den måde, hvorpå virksomheden formodes at være delagtig i overtrædelsen, hvad der efterspores, og de oplysninger, som kontrolundersøgelsen skal vedrøre (jf. France Télécom-dommen, nævnt ovenfor i præmis 46, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis).
- 78 Undersøgelsen af en beslutnings begrundelse giver retten mulighed for at påse, at princippet om beskyttelse mod vilkårlige eller uforholdsmæssige indgreb og princippet om retten til forsvar er overholdt (France Télécom-dommen, nævnt ovenfor i præmis 46, præmis 57), samtidig med at Kommissionen bevarer en vis handlingsmargen, som er nødvendig for, at bestemmelserne i forordning nr. 1/2003 ikke fratages enhver virkning (Domstolens kendelse af 17.11.2005, sag C-121/04 P, Minoan lines mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 36).
- 79 For det andet er Kommissionen pålagt begrænsninger ved gennemførelsen af en kontrolundersøgelse.
- 80 Uden for det område, hvor Kommissionen kan foretage undersøgelser, falder for det første dokumenter, der ikke er af forretningsmæssig karakter, dvs. dokumenter, der ikke vedrører virksomhedens aktiviteter på markedet (Domstolens dom af 18.5.1982, sag 155/79, AM & S mod Kommissionen, Sml. s. 1575, præmis 16, og af 22.10.2002, sag C-94/00, Roquette Frères, Sml. I, s. 9011, præmis 45).
- 81 Virksomheder, som er genstand for en kontrolundersøgelse, anordnet ved en kontrolundersøgelsesbeslutning, har for det andet mulighed for at få juridisk bistand eller mulighed for at beskytte fortroligheden af korrespondancen mellem advokater og klienter, idet sidstnævnte garanti er udelukket for oplysninger udvekslet mellem en advokat, der er tilknyttet virksomheden ved et ansættelsesforhold, og virksomheden (Domstolens dom af 14.9.2010, sag C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen, Sml. I, s. 8301, præmis 40-44).
- 82 For det tredje må Kommissionen, selv om den virksomhed, der er genstand for kontrolundersøgelsen, i henhold til forordning nr. 1/2003 er pålagt en forpligtelse til et aktivt samarbejde, ikke pålægge den berørte virksomhed pligt til at besvare spørgsmål, såfremt virksomheden derved tvinges til at indrømme at have begået en overtrædelse, som det påhviler Kommissionen at føre bevis for (Domstolens dom af 18.10.1989, sag 374/87, Orkem mod Kommissionen, Sml. s. 3283, præmis 35). Dette princip, der er udviklet som led i anvendelsen af artikel 11 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962: første forordning om anvendelse af [artikel 82 EF] og [82 EF] (EFT 1959-1962 s. 81), gælder ligeledes for spørgsmål, der kan opstå som led i en kontrolundersøgelse, der udføres i henhold til artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003.
- 83 For det fjerde skal det bemærkes, at der findes forklarende bemærkninger, som meddeles til virksomhederne sammen med kontrolundersøgelsesbeslutningerne. I disse forklarende bemærkninger fastsættes den fremgangsmåde, Kommissionen har pålagt sig selv for at gennemføre en kontrolundersøgelse. De præciserer således med føje princippet om retten til forsvar og princippet om god forvaltning, som de opfattes af Kommissionen.

- 84 I disse forklarende bemærkninger præciseres den måde, hvorpå bestemte faser i kontrolundersøgelsen skal gennemføres. Forpligtelsen til at nævne navnene på de repræsentanter, som Kommissionen eller den nationale relevante konkurrencemyndighed har bemyndiget (punkt 1), forpligtelsen til at forkynde beslutningen, der giver tilladelse til kontrolundersøgelsen (punkt 3), den afgrænsende beskrivelse af de befuldmægtigedes rettigheder (punkt 4), retten til advokatbistand (punkt 6), betingelserne for optagelse af de mundtlige erklæringer afgivet af virksomhedens ansatte (punkt 7 og 8), metoderne til konsultationer, søgning og kopiering af visse computerdokumenter (punkt 10 og 11), løsningerne til forvaltning af en udsat konsultation af visse oplysninger, der er overgivet på computermidler (punkt 11 og 12), muligheden for at få en underskrevet fortegnelse over de kopierede elementer (punkt 12) og betingelserne for fortrolig forvaltning af visse oplysninger eller visse forretningshemmeligheder efter undersøgelsen (punkt 13 og 14) er ligeledes elementer, der er præciseret i nævnte forklarende bemærkning. Disse elementer udgør ligeledes oplysninger, der er relevante for virksomheden, når dennes repræsentanter skal vurdere omfanget af deres samarbejdspligt.
- 85 For det tredje har Kommissionen, i modsætning til hvad sagsøgerne har gjort gældende, ikke yderligere tvangsmidler, der gør, at muligheden for faktisk at gøre indsigelser mod kontrolundersøgelsen i henhold til artikel 20, stk. 6, i forordning nr. 1/2003 bortfalder.
- 86 Det følger nemlig af retspraksis, at Kommissionens repræsentanter ved en kontrolundersøgelse bl.a. har krav på at få fremlagt de dokumenter, de anmoder om, at få adgang til de lokaler, som de angiver, og at få forevist indholdet af inventar, som de ønsker at få kendskab til. De kan derimod ikke tiltvinge sig adgang til lokaler eller møbler eller tvinge virksomhedens personale til at give dem en sådan adgang, ligesom de ikke kan gennemsøge virksomheden uden tilladelse fra dennes ansvarlige ledelse (Domstolens dom af 21.9.1989, forenede sager 46/87 og 227/88, Hoechst mod Kommissionen, Sml. s. 2859, præmis 31).
- 87 For det andet giver de samlede bestemmelser, der ligger til grund for kontrolundersøgelsesbeslutningen (jf. præmis 75-78 ovenfor) og gennemførelsen af kontrolundersøgelserne (jf. præmis 79-84 ovenfor), virksomhederne mulighed for effektivt at benytte deres indsigelsesret i henhold til artikel 20, stk. 6, i forordning nr. 1/2003 ved inspektørernes ankomst, ved forkyndelsen af kontrolundersøgelsesbeslutningen eller på et hvilket som helst andet tidspunkt under gennemførelsen af kontrolundersøgelsen.
- 88 I denne forbindelse skal fremhæves de af kontrolundersøgelserne omfattede virksomheders repræsentanters mulighed for i et protokollat at få optaget enhver mulig uregelmæssighed, der er foregået under gennemførelsen af kontrolundersøgelsen, eller ethvert klagepunkt, som de kunne have, uden at de imidlertid formelt gør indsigelser mod kontrolundersøgelsen i henhold til artikel 20, stk. 6, i forordning nr. 1/2003, samt til at bruge alle andre midler, de har til deres rådighed, for at bevare fysiske beviser for nævnte uregelmæssigheder.
- 89 For det tredje skal det bemærkes, at Kommissionen ved sin ankomst til virksomhedens lokaler skal give virksomheden en rimelig, men kort frist til med sine advokaters bistand at gennemgå kontrolundersøgelsesbeslutningen. Hvad angår sagsøgernes argumenter om, at de grundlæggende rettigheder blev tilsidesat, da Kommissionens repræsentanter trængte ind i virksomheden, finder Retten i lighed med Kommissionen endvidere, at kontrolundersøgelsen under ingen omstændigheder begynder, inden beslutningen forkyndes, og at den blotte omstændighed, at der trænges ind i virksomheden for at foretage forkyndelsen, ikke udgør en tilsidesættelse af en grundlæggende rettighed. Endvidere skal Kommissionen under kontrolundersøgelsen ligeledes give virksomheden en kort frist til at konsultere sine advokater, inden Kommissionen kopierer, forseglar eller anmoder om mundtlige forklaringer.

- 90 I denne sammenhæng skal det for det fjerde bemærkes, at Kommissionen kun i tilfælde af åbenlys hindring eller misbrug af indsigelsesretten har ret til at benytte sanktionsordningen fastsat i artikel 23 i forordning nr. 1/2003. Kommissionen kan således ikke anvende denne ordning som trussel for at opnå indrømmelser fra virksomhederne, der overstiger de snævre grænser for deres samarbejdspflicht. Det skal i den forbindelse bemærkes, at alle beslutninger truffet i henhold til artikel 23 i forordning nr. 1/2003 kan gøres til genstand for prøvelse for Unionens retsinstanser.
- 91 Hvad angår de garantier, der ydes ved indsigelsesproceduren fastsat i artikel 20, stk. 6, i forordning nr. 1/2003, skal det endvidere fastslås, at Kommissionen er forpligtet til at søge bistand fra de nationale myndigheder i den medlemsstat, på hvis geografiske område kontrolundersøgelsen skal foretages. Denne procedure udløser kontrolordninger – i givet fald retslige – som er kendetegnende for den pågældende medlemsstat.
- 92 Når den kompetente nationale myndighed anmodes om at deltage, skal den pågældende medlemsstat sikre en effektiv gennemførelse af Kommissionens undersøgelse og samtidig overholde en række generelle EU-retlige principper, navnlig beskyttelsen af fysiske og juridiske personer mod den offentlige magts uforholdsmæssige indgreb i den private sfære (Hoechst-dommen, nævnt ovenfor i præmis 86, præmis 33, og Roquette Frères-dommen, nævnt ovenfor i præmis 80, præmis 35).
- 93 Det tilkommer den kompetente nationale myndighed, uanset om det er en ret, at undersøge, hvorvidt de påtænkte indgreb er vilkårlige eller står i et misforhold til formålet med kontrolundersøgelsen. Kommissionen skal sikre, at den nævnte nationale myndighed råder over alle de oplysninger, der er nødvendige for, at den kan foretage denne undersøgelse og sikre sig, at reglerne i national ret overholdes ved gennemførelsen af tvangsindgrebene (Hoechst-dommen, nævnt ovenfor i præmis 86, præmis 34 og 35, og Roquette Frères-dommen, nævnt ovenfor i præmis 80, præmis 36 og 37).
- 94 Det skal, som Kommissionen med rette har bemærket, tilføjes, at den nationale ret for at godkende tvangsforanstaltningerne kan forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål. Endvidere giver artikel 95 og 105 i Domstolens procesreglement den nationale retsinstans mulighed for at forelægge et fremskyndet og anonymt præjudicielt spørgsmål. Endelig kan den nationale ret på visse betingelser beslutte at udsætte proceduren for tildeling af tilladelsen under afventen af Domstolens svar på det præjudicielle spørgsmål (jf. i denne retning Domstolens dom af 9.11.1995, sag C-465/93, Atlanta Fruchthandels-gesellschaft m.fl., Sml. I, s. 3761, præmis 23).
- 95 For det femte hviler indsættelsen af det indgreb, som en kontrolundersøgelse er, ligeledes på Unionens retsinstansers efterfølgende prøvelse af kontrolundersøgelsesbeslutningens lovlighed.
- 96 Artikel 20, stk. 8, sidste punktum, i forordning nr. 1/2003 bestemmer:
- »Det er forbeholdt Domstolen at kontrollere, om Kommissionens beslutning er lovlig.«
- 97 Som det fremgår af præmis 66 ovenfor, er tilstedeværelsen af en fuldstændig efterfølgende domstolsprøvelse særlig vigtig, eftersom den kan kompensere for en manglende forudgående retskendelse. I nærværende sag udøver Unionens retsinstanser en fuldstændig faktisk og retlig prøvelse af kontrolundersøgelsesbeslutningernes forhold (jf. i denne henseende ligeledes præmis 112 nedenfor).
- 98 Som Kommissionen med rette har fremhævet, kan sagsøgerne opnå udsættelse af gennemførelsen af en kontrolundersøgelsesbeslutning ved samtidigt med et annulationsbegøring at indgive en begøring om foreløbige forholdsregler i henhold til artikel 278 TEUF, som eventuelt ledsages af en påstand i henhold til procesreglementets artikel 105, stk. 2.
- 99 Endelig giver artikel 340, stk. 2, TEUF hjemmel til et søgsmål med henblik på pålæggelse af Unionens ansvar uden for kontraktforhold.

- 100 Retten finder, at alle fem ovennævnte kategorier af garantier var sikret i det foreliggende tilfælde. De tre kontrolundersøgelsesbeslutninger omfatter navnlig de elementer, der er fastsat i artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003. Kommissionen har sørget for at specificere adressaternes navn, årsagerne til, at Kommissionen har mistanke om eksistensen af en ulovlig praksis, den mistænkte type praksis, for så vidt som den kunne vise sig at være konkurrencestridig, det pågældende marked for varer og tjenesteydelser, det geografiske marked, hvorpå den påståede praksis formodes at være udøvet, forholdet mellem den formodede praksis og adfærden hos den virksomhed, der er adressat for beslutningen, de repræsentanter, der er bemyndiget til at foretage kontrolundersøgelsen, de midler, de har til deres rådighed, og de forpligtelser, der påhviler virksomhedens kompetente personale, datoen og stederne for kontrolundersøgelsen, sanktioner, der pålægges i tilfælde af hindring, klagemuligheden og -betingelserne. Som det følger af undersøgelsen af det fjerde anbringende, skal det fastslås, at disse elementer er korrekt omfattet af de tre kontrolundersøgelsesbeslutninger (jf. præmis 184 nedenfor).
- 101 Hvad angår gennemførelsen af den første kontrolundersøgelse og sagsøgernes argument om, at en af Kommissionens repræsentanter truede med at lukke sagsøgernes computersystem, hvis sagsøgerne ikke gav ham kodeordene til visse af sagsøgernes ansattes mailkonti, skal det, ud over at Kommissionen har bestridt denne påstand, fastslås, at sagsøgernes advokater ikke formelt har ladet denne påståede hændelse registrere, hvorfor der ikke foreligger noget bevis, der kan godtgøre dette. Sagsøgerne har heller ikke bestridt Kommissionens version i svarskriftet, hvorefter sagsøgerne på trods af Kommissionens ordrer blokerede adgangen til computerne og mailkontiene i særlig lang tid, indtil kontrolundersøgelsens anden dag, uden at Kommissionen henvendte sig til de nationale myndigheder for at iværksætte tvangsforanstaltninger. Hvad angår Sanofi Aventis-sagen fremgår det endvidere af sagsakterne, navnlig af Kommissionens dokument med referencen MEMO/08/357 af 2. juni 2008, at Kommissionen påtænkte ikke at straffe selve indsigelserne mod kontrolundersøgelsen, men generelt at straffe den omstændighed, at man i denne konkrete sag gjorde modstand mod, at Kommissionen kopierede visse dokumenter. Proceduren blev i øvrigt henlagt.
- 102 I betragtning af bemærkningerne ovenfor i præmis 65-101 skal det første anbringende og ulovlighedsindsigelsen forkastes som ubegrundet, for så vidt som den vedrører artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003.

Det andet anbringende om en tilsidesættelse af retten til en effektiv domstolsprøvelse

- 103 Sagsøgerne har i det væsentlige støttet sig på Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Société Métallurgique Liotard Frères mod Frankrig og i sagen Société Canal Plus m.fl. mod Frankrig, nævnt ovenfor i præmis 59, for at påberåbe sig, at de skulle have haft mulighed for en faktisk og retlig prøve i henhold til artikel 47 i chartret om grundlæggende rettigheder og EMRK's artikel 6, stk. 1, inden indgrebet, som nævnte kontrolundersøgelse udgør.
- 104 Sagsøgerne har navnlig anført, at hverken proceduren i henhold til artikel 20, stk. 8, i forordning nr. 1/2003, som giver den nationale retsinstans beføjelser til at vurdere, at tvangsforanstaltningerne ikke er vilkårlige eller står i misforhold til, hvad der kræves for at gennemføre Kommissionens kontrolundersøgelsesbeslutning i tilfælde af modstand, eller at Unionens retsinstansers efterprøvelse overfylder de betingelser, der udledes af Menneskerettighedsdomstolens praksis.
- 105 Sagsøgerne har som svar på et skriftligt spørgsmål fra Retten præciseret, at de finder, at Kommissionen i henhold til EMRK's artikel 6, stk. 1, er forpligtet til at indhente en forudgående retskendelse, som led i hvilken den nationale ret efterprøver kontrolundersøgelsens faktiske og retlige nødvendighed og proportionalitet. I henhold til EMRK's artikel 6, stk. 1, kræves det endvidere, at der foretages en fuldstændig retlig kontrol af kontrolundersøgelsesbeslutningen inden for en rimelig frist efter kontrolundersøgelsens begyndelse.

- 106 Kommissionen har gjort gældende, at sagsøgernes anbringende er irrelevant og derfor skal afvises, ligesom Kommissionen har bestridt fortolkningen af Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen *Société Métallurgique Liotard Frères mod Frankrig*, nævnt ovenfor i præmis 59, som sagsøgerne har påberåbt sig. Kommissionen har gjort gældende, at en effektiv efterfølgende domstolsprøvelse er tilstrækkelig, og at Retten selv kan foretage en sådan prøvelse.
- 107 Hvad angår muligheden for at antage anbringendet til realitetsbehandling skal det indledningsvis, som allerede anført ovenfor i præmis 47, bemærkes, at det forhold, at et argument er irrelevant, under alle omstændigheder ikke medfører, at det skal afvises fra realitetsbehandling.
- 108 Hvad angår behovet for at indhente en forudgående retskendelse har sagsøgerne med dette anbringende ligesom med det første anbringende (jf. i denne henseende præmis 49-51 ovenfor) anmodet Retten om at identificere et nyt formelt krav, som påvirker kontrolundersøgelses beslutningens lovlighed. Dette anbringende skal forstås således, at vedtagelsen af en kontrolundersøgelses beslutning er betinget af, at Kommissionen får en forudgående retskendelse, der afgives efter en fuldstændig faktisk og retlig prøvelse i henhold til EMRK's artikel 6, stk. 1. Det andet anbringende kan således ikke anses for irrelevant, for så vidt som det vedrører behovet for at indhente en forudgående retskendelse.
- 109 Hvad angår sagsøgernes argumenter herom skal det for det første fastslås, at fortolkningen af Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen *Société Métallurgique Liotard Frères mod Frankrig*, og i sagen *Société Canal Plus m.fl. mod Frankrig*, nævnt ovenfor i præmis 59, som sagsøgerne har påberåbt sig, er urigtig.
- 110 Det skal nemlig i lighed med Kommissionens opfattelse fastslås, at det følger af disse domme, at det er prøvelsens intensitet, der er omhandlet, og ikke det tidspunkt, hvor denne foretages. Denne prøvelse skal udøves med hensyn til alle de faktiske og retlige forhold og give mulighed for en passende genoprettelse, såfremt en allerede foretaget operation findes at have været uretmæssig (*Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Société Canal Plus m.fl. mod Frankrig*, nævnt ovenfor i præmis 59, præmis 36).
- 111 For det andet kan en kontrolundersøgelses beslutning gøres til genstand for et søgsmål i henhold til artikel 263 TEUF. Følgelig har den manglende fuldstændige forudgående fuldstændige kontrol udøvet af en nationale myndighed, der kan udstede en godkendelse, i modsætning til hvad sagsøgerne har gjort gældende, under alle omstændigheder ingen betydning. I artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 foreskrives, at Unionens retsinstanser foretager en sådan kontrol, og det pålægges, at det skal nævnes i en beslutning om at underkaste sig en kontrolundersøgelse i virksomhedens lokaler. I det foreliggende tilfælde har Kommissionen overholdt denne formforskrift ved vedtagelsen af den første, anden og tredje kontrolundersøgelses beslutning, og sagsøgerne var bekendt med, at de kunne indgive et søgsmål for at anfægte kontrolundersøgelsens nødvendighed, hvilket de foreliggende sager beviser.
- 112 For det tredje kan det ikke med rette anfægtes, at Retten er i stand til at foretage en prøvelse af de faktiske forhold og ikke alene fungerer som en »kassationsret«, således som sagsøgerne har gjort gældende. Unionens retsinstanser udøver nemlig ved stillingtagen til et annullationssøgsmål i medfør af artikel 263 TEUF vedrørende en kontrolundersøgelses beslutning både en retlig og faktisk prøvelse og har beføjelser til at vurdere beviserne og annullere den anfægtede beslutning. Det følger af retspraksis, at Unionens retsinstanser som led i prøvelsen af kontrolundersøgelses beslutninger skal forvisse sig om, at der foreligger tilstrækkeligt tungtvejende indicier til at begrunde en mistanke om, at de pågældende virksomheder har overtrådt konkurrencereglerne (jf. *Roquette Frères-dommen*, nævnt ovenfor i præmis 80, præmis 54 og 55 og den deri nævnte retspraksis). Det følger endvidere af disse betragtninger, at sagsøgernes andet anbringende (jf. præmis 105 ovenfor), hvorefter en påstået mangel på fuldstændig domstolsprøvelse af kontrolundersøgelses beslutninger, efter at disse kontrolundersøgelser er indledt, er i strid med EMRK's artikel 6, stk. 1, skal forkastes.

113 For det fjerde skal det, således som Kommissionen med rette har anført, fremhæves, at den eventuelle annullation af en kontrolundersøgelsesbeslutning, eller den omstændighed, at der fastslås en uregelmæssighed i gennemførelsen af de foranstaltninger, der udføres af de befuldmægtigede repræsentanter, medfører, at institutionen ikke har mulighed for at bruge de oplysninger, der er indsamlet under de omtvistede operationer, med henblik på overtrædelsesproceduren (jf. Roquette Frères-dommen, nævnt ovenfor i præmis 80, præmis 54 og 49).

114 Sagsøgernes andet anbringende skal derfor forkastes som ubegrundet.

Det tredje anbringende om tilsidesættelse af sagsøgernes ret til forsvar under hensyntagen til, at gennemførelsen af den første kontrolundersøgelse er behæftet med uregelmæssigheder

115 Sagsøgerne har i det væsentlige gjort gældende, at den anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning er støttet på oplysninger opnået ulovligt ved den første kontrolundersøgelse. Kommissionen har således bevidst søgt oplysninger om DUSS ved den første kontrolundersøgelse, skønt denne kontrolundersøgelse kun vedrørte leveringen af EET. Kommissionen har dermed tilsidesat sagsøgernes ret til forsvar.

116 Navnlig har sagsøgerne for det første gjort gældende, at Kommissionen har foretaget en systematisk gennemgang af hr. M.'s kontor, der er »juridisk rådgiver« for DB Schenker Rail Deutschland i Mainz. Gennemgangen omfattede således en systematisk gennemgang af dokumenter, som åbenbart ikke havde nogen forbindelse med EET. På dette kontor fandt Kommissionen bl.a. visse e-mails vedrørende DUSS, som åbenbart ikke havde nogen forbindelse med genstanden for den første kontrolundersøgelse, og som blev undersøgt og mærket af repræsentanterne V.G. og T.B. på trods af indsigelser fra advokat M. Repræsentant V.G. undersøgte efterfølgende et vist andet antal dokumenter vedrørende DUSS på samme kontor.

117 For det andet benyttede Kommissionens repræsentanter i deres elektroniske gennemgang visse nøgleord, der udelukkende vedrørte DUSS, nemlig »NBS«, »[S.]«, »[T.]« og »[G.]«. Hvad angår nøgleordet »[T.]« har sagsøgerne fremhævet, at virksomheden TXL, et datterselskab af virksomheden T., var DB Energies eneste kunde for EET og således DB-koncernens eneste konkurrent, der var genstand for en særskilt undersøgelse. Hvad angår nøgleordet »NBS« har sagsøgerne bestridt, at Kommissionens repræsentanter ikke var bekendt med dets betydning, navnlig når der tages hensyn til tilstedeværelsen af hr. N., en repræsentant fra Bundesnetzagentur (herefter »BNetzA«), som er ekspert på området, og som nødvendigvis måtte kende denne forkortelse, der anvendes bredt på området. Det er endvidere usandsynligt, at Kommissionens repræsentanter foretog en grundig undersøgelse uden på forhånd at spørge om betydningen af dette nøgleord.

118 For det tredje undersøgte en af Kommissionens repræsentanter arkiverne hos DB Schenker Rail Deutschland i Mainz og fotokopierede et dokument med titlen »Europæisk strategi for terminalerne Stinnes Intermodal af 17. januar 2006«, som åbenbart heller ikke havde nogen forbindelse til kontrolundersøgelsens genstand.

119 For det fjerde har Kommissionens repræsentanter ved kontrolundersøgelsen selv indrømmet, at der forelå et problem forbundet med den omstændighed, at den første kontrolundersøgelsesbeslutning ikke omtalte DUSS' adfærd.

120 For det femte har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen ifølge oplysningerne i sagsakterne nogle dage, inden den første kontrolundersøgelse begyndte, bad virksomheden T. om at bekræfte, om denne virksomheds klage af 16. marts 2011 stadig var aktuel, hvilket viser Kommissionens hensigt til at søge oplysninger om DUSS ved den første kontrolundersøgelse. Kommissionens 32 repræsentanter var lige inden kontrolundersøgelsen endvidere underrettet om, at der forelå en klage vedrørende

DUSS. Endvidere godtgøres dette ligeledes af den omstændighed, at virksomheden T. i sin skrivelse af 16. marts 2011 vedrørende DUSS' sagsakter udtrykkeligt omtalte det referencenummer, som Kommissionen brugte i EET-kontrolundersøgelsesbeslutningen af 14. marts 2011 (»DOMP 39.678«).

- 121 For det sjette har sagsøgerne anmodet om høring af hr. M. og P. i henhold til procesreglementets artikel 68, stk. 1.
- 122 Kommissionen har gjort gældende, at sagsøgernes argumenter er irrelevante, og at de derfor skal afvises, idet Kommissionen havde tilstrækkelige elementer inden den første kontrolundersøgelse til at begrunde den anden og tredje kontrolundersøgelse. Hvad konkret angår den tredje kontrolundersøgelse har Kommissionen fremhævet, at den udelukkende lagde vægt på de oplysninger, den havde inden den første kontrolundersøgelse, og på oplysninger, der var indsamlet ved den anden kontrolundersøgelse. Kommissionen har endvidere anført, at alle sagsøgernes argumenter er ubegrundede.
- 123 Hvad angår Kommissionens argumenter om realitetsbehandlingen skal det bemærkes, at det forhold, at et argument er irrelevant, ikke medfører, at det skal afvises (jf. præmis 47 ovenfor).
- 124 Det skal desuden bemærkes, at Domstolen allerede har fastslået, at oplysninger indsamlet under kontrolundersøgelser ikke må bruges til andre formål end dem, der er angivet i kontrolundersøgelsesbeslutningen. Ud over at tilgodese den tjenstlige tavshedspligt har dette krav til formål at beskytte virksomhedernes ret til forsvar. Disse rettigheder ville blive alvorligt skadet, hvis Kommissionen i forhold til virksomheder kunne påberåbe sig beviser, som, selv om de var indhentet under en kontrolundersøgelse, ikke havde noget at gøre med formålet med denne (jf. hvad angår forordning nr. 17 Domstolens dom af 17.10.1989, sag 85/87, Dow Benelux mod Kommissionen, Sml. s. 3137, præmis 18).
- 125 Det følger imidlertid ikke heraf, at Kommissionen ikke kan indlede en undersøgelse med henblik på at supplere eller efterprøve rigtigheden af oplysninger, som den ved en tilfældighed har fået kendskab til i forbindelse med en tidligere kontrolundersøgelse, når det af de pågældende oplysninger må antages at fremgå, at der består adfærd, som strider mod traktatens konkurrenceregler (jf. hvad angår forordning nr. 17 Dow Benelux-dommen, nævnt ovenfor i præmis 124, præmis 19).
- 126 Når Kommissionen atter har skaffet sig disse dokumenter på grundlag af fuldmagter eller beslutninger og har benyttet dokumenterne til det formål, der er angivet i disse fuldmagter eller beslutninger, har den tilgodeset virksomhedernes ret til forsvar i henhold til artikel 20 i forordning nr. 1/2003 (Rettens dom af 20.4.1999, forenede sager T-305/94 – T- 307/94, T-313/94 - T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 og T 335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 931, præmis 476).
- 127 At Kommissionen har fået visse dokumenter i hænde for første gang i forbindelse med en bestemt sag, giver ikke nogen absolut sikkerhed for, at disse dokumenter ikke lovligt kan kræves udleveret i en anden sag og benyttes som bevismateriale. Virksomhederne er derfor ved en kontrolundersøgelse i den første sag tilskyndet til at udlevere alle de dokumenter, der kan godtgøre en anden overtrædelse, og således beskytte sig mod enhver forfølgelse i den henseende. En sådan løsning går ud over det nødvendige for at sikre den tjenstlige tavshedspligt og retten til forsvar, og den udgør således en uberettiget begrænsning for Kommissionens opfyldelse af opgaven med at påse overholdelsen af konkurrencereglerne på fællesmarkedet (dommen af 20.4.1999 i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 126, præmis 477).
- 128 Det skal endvidere bemærkes, at Kommissionens undersøgelsesmuligheder ville blive frataget deres effektive virkning, såfremt Kommissionen kun kunne kræve fremlæggelse af dokumenter eller anden form for skriftligt materiale, som den selv klart har kunnet identificere. Derimod må den nævnte

beføjelse omfatte en ret til at efterspore oplysninger, der endnu ikke er kendte eller fuldt ud identificeret (Hoechst-dommen, nævnt ovenfor i præmis 86, præmis 27, og Rettens dom af 11.12.2003, sag T-59/99, Ventouris mod Kommissionen, Sml. II, s. 5257, præmis 122).

- 129 Det er i lyset af disse principper, at de forskellige anbringender, som sagsøgerne har fremført, skal prøves.
- 130 Inden denne gennemgang foretages, skal der gøres et par indledende bemærkninger. Den første af disse bemærkninger vedrører Kommissionens argument om, at sagsøgernes tredje anbringende er irrelevant, idet Kommissionen havde tilstrækkelige oplysninger inden den første kontrolundersøgelse til at begrunde den anden og tredje kontrolundersøgelse. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det fremgår af oplysningerne i sagsakterne, at Kommissionen ligeledes har lagt vægt på de oplysninger, der blev indsamlet under den første kontrolundersøgelse.
- 131 Såfremt den tredje kontrolundersøgelsesbeslutning er klar i denne henseende (syvende betragtning), udspecificeres det i den anden kontrolundersøgelsesbeslutning ikke klart, hvorfra de oplysninger, der ligger til grund for beslutningen, stammer (sjette betragtning).
- 132 Kommissionen har i sit svarskrift gjort gældende, at den inden den første kontrolundersøgelse havde mistanke om mulig konkurrencebegrænsende adfærd fra DUSS' side. Som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse har Retten anmodet Kommissionen om at underbygge tilstedeværelsen af denne mistanke. Kommissionen har derefter forelagt Retten en klage fra virksomheden T. Det følger af virksomheden T.'s klage, at DUSS nægtede at give den adgang til terminalen München-Riem på tilfredsstillende vilkår.
- 133 Kommissionen havde således inden den første kontrolundersøgelse oplysninger, der kunne skabe alvorlig mistanke om mulig konkurrencebegrænsende adfærd fra DUSS' side.
- 134 I modsætning til hvad Kommissionen har gjort gældende, kan dette dog ikke medføre, at sagsøgernes anbringende er irrelevant. Den omstændighed, at den anden kontrolundersøgelsesbeslutning blev vedtaget under gennemførelsen af den første kontrolundersøgelse, viser nemlig, at oplysningerne indsamlet ved denne lejlighed var vigtige for at udløse den anden kontrolundersøgelse. Eftersom den tredje kontrolundersøgelse uden tvivl, som det fremgår af selve syvende betragtning til beslutningen om nævnte kontrolundersøgelse, delvist var baseret på oplysningerne indsamlet ved de to første kontrolundersøgelser, skal det fastslås, at de betingelser, hvorunder oplysningerne vedrørende DUSS blev indsamlet under den første kontrolundersøgelse, kan påvirke den anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutnings lovlighed. Kommissionens argument om, at sagsøgernes tredje anbringende er irrelevant, skal derfor forkastes.
- 135 Den anden indledende bemærkning vedrører bevisværdien af sagsøgernes memoranda. Det skal, som Kommissionen med rette har fremhævet, i den forbindelse fastslås, at disse memoranda er skrevet i hvert fald en måned efter afslutningen af den første kontrolundersøgelse, bortset fra memorandummet fra U.P. af 4. april 2011. Det oftest omtalte memorandum, affattet af fru M., er skrevet to måneder efter de faktiske omstændigheder. Endvidere vedrører konklusionerne fra sagsøgernes repræsentanter i vidt omfang undersøgernes hensigter, der ikke er støttet af faktiske forhold.
- 136 Det skal ligeledes bemærkes, at disse faktiske forhold er de eneste beviselementer, som sagsøgerne har fremlagt. Sagsøgernes repræsentanter har på intet tidspunkt formelt gjort indsigelser i henhold til artikel 20, stk. 6, i forordning nr. 1/2003 eller fået optaget nogen utilfredshed i et protokollat, der kan kontrolleres som led i nærværende procedure. Det tilkom således sagsøgernes repræsentanter formelt at lade alle deres klagepunkter registrere på selve det tidspunkt, hvor de ulovlige handlinger har været begået, og bruge alle de midler, de havde til rådighed for at sikre materielle elementer (jf. præmis 88 ovenfor). Sagsøgernes påstand om, at visse repræsentanter under den første kontrolundersøgelse mundtligt bekræftede, at søgningerne vedrørende DUSS var ulovlige, hvilket Kommissionen har

bestridt, er således hverken støttet på noget skriftligt protokollat fra selve tidspunktet eller på andre dokumenter, som sagsøgerne kunne have oprettet, da de omstridte forhold opstod. Når der ikke foreligger formelle beviser, er det nødvendigvis mere vanskeligt at bevise, at der var en målrettet søgning uden for den første kontrolundersøgelsesbeslutnings område. Det skal endvidere bemærkes, at fru M. og P. er ophavsmænd til visse af de pågældende memoranda, hvilket betyder, at sagsakterne for Retten allerede indeholder deres fremlæggelse af de omstændigheder, hvorunder den første kontrolundersøgelse forløb. Ud fra disse betragtninger forekommer det ikke nyttigt at indkalde dem som vidner, således som sagsøgerne har begæret.

- 137 Herefter undersøges principalt successivt sagsøgernes argumenter om for det første den grundige gennemgang af hr. M.'s kontor, for det andet visse dokumenter og de omtvistede nøgleord og for det tredje Kommissionens adfærd inden begyndelsen på den første kontrolundersøgelse.

Den grundige gennemgang af hr. M.'s kontor

- 138 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen har foretaget en systematisk gennemgang af hr. M.'s kontor. Gennemgangen omfattede således en systematisk gennemgang af dokumenter, som åbenbart ikke havde nogen forbindelse med EET. På dette kontor fandt Kommissionen bl.a. to e-mails vedrørende DUSS, som åbenbart ikke havde nogen forbindelse med genstanden for den første kontrolundersøgelse, og som blev undersøgt og mærket af repræsentanterne V.G. og T.B. på trods af indsigelser fra advokat M. Repræsentant V.G. undersøgte efterfølgende et vist andet antal dokumenter vedrørende DUSS på samme kontor.
- 139 Det skal i denne forbindelse straks bemærkes, at Kommissionen kan foretage en grundig gennemgang af indholdet på visse kontorer eller ringbind, også selv om der ikke er klare indicier for, at der heri er oplysninger om undersøgelsens genstand, når forholdene antyder det. Som Kommissionen med rette har fremhævet, er der en risiko for, at man ikke finder visse væsentlige beviser, hvis man kun går ind i eller kun foretager en undersøgelse af de arkiver, som er klart forbundet med undersøgelsens genstand. Disse beviser kan f.eks. være skjult eller have ukorrekte referencer.
- 140 Forbindelsen med undersøgelsen er endvidere ikke nødvendigvis let at identificere med det samme, og det er muligt, at den kun kan identificeres ved en minutøs gennemgang. Som Kommissionen har fremhævet, er det ikke altid muligt for dens repræsentanter, der ikke altid har et perfekt teknisk kendskab til alle de af undersøgelsen berørte sektorer, umiddelbart at afgøre, om et dokument er relevant, hvorfor de nødvendigvis foretager en relativt bred søgning.
- 141 I det foreliggende tilfælde fandtes der vedrørende hr. M.'s kontor gyldige grunde for en grundigere søgning. Det fremgår af sagsakterne, at hr. M. var direktør for DB Schenker Rail Deutschlands drift, regulering og indkøb og havde beføjelser til indkøb af tjenesteydelser. Han forhandlede i medfør heraf EET-leveringsaftaler med DB Energie. DB Schenker Rail Deutschland tilhører DB Schenker Rail, der selv som datterselskab for varebefordring i DB-koncernen er en af DB Eneriges største kunder. Disse oplysninger, som sagsøgerne ikke har bestridt, begrundede således en udvidet undersøgelse af hr. M.'s kontor.
- 142 Det skal i denne forbindelse præciseres, at den første kontrolundersøgelse fandt sted på de tre steder, og at de i præmis 116-118 omhandlede hændelser, som sagsøgerne har nævnt, kun fandt sted på et af de tre steder (Mainz). Disse hændelser vedrører endvidere i det væsentlige et kontor og tre af de i alt 32 repræsentanter, som Kommissionen havde bemyndiget. Det skal endvidere fastslås, at antallet af omtvistede dokumenter, nemlig 11, forekommer meget beskedent, når der tages hensyn til det samlede antal berørte dokumenter, dvs. ca. 1 000 kopierede dokumenter og et meget større antal undersøgte dokumenter. Endelig har Kommissionen kun medtaget en kopi af fire dokumenter vedrørende DUSS.

- 143 I betragtning heraf skal sagsøgernes argumenter om den systematiske gennemgang af hr. M.'s kontor forkastes som ubegrundet.

De omtvistede dokumenter og nøgleord

- 144 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen under den første kontrolundersøgelse undersøgte og i et vist omfang kopierede dokumenter, som var åbenbart uden forbindelse med genstanden for kontrolundersøgelsen. Kommissionens repræsentanter har endvidere ved deres elektroniske søgning ligeledes brugt visse nøgleord, der udelukkende vedrørte DUSS og ikke EET.
- 145 Det skal i denne forbindelse atter fremhæves, at såfremt det fremgår af memorandaene, at sagsøgernes repræsentanter har påpeget, at visse af de dokumenter, som Kommissionen har undersøgt, ifølge sagsøgerne ikke fremviser en forbindelse med genstanden for den første kontrolundersøgelse, har de på intet tidspunkt fremsat indsigelser eller formelt registreret et klagepunkt.
- 146 Hvad angår de 11 omtvistede dokumenter udgøres de for det første af de to første e-mails fundet på hr. M.'s kontor om eftermiddagen den 29. marts 2011. Disse e-mails blev efter at være detaljeret undersøgt markeret med et »flag« af repræsentanterne V.G. og T.B. Om morgenen den 30. marts 2011 blev der fundet yderligere syv dokumenter på hr. M.'s kontorer, herunder fem e-mails. Om morgenen den 31. marts 2011 fandt en af Kommissionens repræsentanter et dokument med titlen »Europæisk strategi for terminalerne Stinnes Intermodal af 17. januar 2006« i DB Schenker Rail Deutschlands arkiver i Mainz. I replikken har sagsøgerne endvidere omtalt en anden e-mail fra hr. M. af 2. november 2006, som vedrørte et »pilotprojekt for aflæsningsbanegården München Riem«.
- 147 Som det fremgår af parternes skriftlige indlæg, har Kommissionen medtaget en kopi af fire af disse 11 dokumenter, nemlig af e-mailen fra hr. L. til hr. F. af 6. november 2006 vedrørende »rangérydelserne i terminalen München Riem«, af en e-mail fra hr. S. til hr. M. af 15. september 2006 vedrørende »omflytninger på aflæsningsbanegården München Riem«, af e-mailen fra hr. M. af 2. november 2006 vedrørende et »pilotprojekt for aflæsningsbanegården München Riem« og af dokumentet »Europæisk strategi for terminalerne Stinnes Intermodal af 17. januar 2006«.
- 148 Der skal således sondres mellem de fire kopierede dokumenter og de syv ikke-kopierede dokumenter.
- 149 Hvad angår dokumentet »Europæisk strategi for terminalerne Stinnes Intermodal af 17. januar 2006«, som blev fundet i arkiverne i Mainz, har Kommissionens repræsentant anført, at han fandt dette dokument omkring kl. 12:30 den 31. marts 2011. Han tog originalen ud af ringbindet for at drøfte dens indhold med sine kolleger. Efter at have taget en kopi satte han originalen tilbage i det ringbind, hvor han fandt det. Sagsøgerne har ikke bestridt dette. Det følger af fru D.'s memorandum, at »[hr. M.] mødte op i arkivrummet [... h]an var åbenlyst overvældet af det antal dokumenter, der var opbevaret her i forskellige kasser og skabe, hvorfor han blot valgte nogle tilfældige kasser«. Ifølge sagsøgernes repræsentant vedrørte hans valg således »vilkårligt« visse dokumenter, hvilket ikke stemmer overens med påstanden om en ulovlig målrettet eftersporing. Flere andre erklæringer i memorandaene, som Kommissionen har opført dem i sit svarskrift, tilsigter endvidere at bekræfte, at dens repræsentanters eftersporing var vilkårlig.
- 150 Hvad angår de øvrige tre dokumenter, som alle blev fundet på hr. M.'s kontor, vedrører de terminalen München Riem og DUSS, og der er rent faktisk tale om emner, som er påberåbt i klagen fra virksomheden T.
- 151 Det er i denne forbindelse fastslået, at Kommissionen havde gyldige grunde til at foretage en grundig eftersporing i dette kontor (jf. præmis 141 ovenfor). Det skal endvidere fastslås, at titlen på og indholdet af et dokument ikke nødvendigvis er afgørende for at fastslå, om dokumentet rent faktisk er

fundet ved et tilfælde, hvilket Kommissionen med rette har fremhævet. Således kan ingen elementer i memorandaene godtgøre, at Kommissionens repræsentanter som led i denne udvidede undersøgelse har foretaget en målrettet søgning efter disse tre dokumenter.

- 152 Hvad angår de øvrige syv dokumenter skal det fastslås, at de til forskel fra de fire kopierede dokumenter ikke indeholder henvisninger til DUSS og Terminal München Riem. Der er i det væsentlige tale om dokumenter vedrørende sammensætningen af tog på ikke-diskriminerende betingelser.
- 153 Herefter skal det fastslås, at der ikke foreligger bevismidler, som kan godtgøre, at der foreligger en ulovlig målrettet eftersporing efter gennemgangen af de 11 omtvistede dokumenter.
- 154 For det andet har sagsøgerne vedrørende de nøgleord, som Kommissionens repræsentanter har benyttet fra eftermiddagen den 29. marts 2011 til forkyndelsen af den anden kontrolundersøgelsesbeslutning den 31. marts 2011 omkring kl. 14:00, givet fire eksempler på disse nøgleord: »NBS«, »[S.]«, »[T.]« og »[G.]«.
- 155 Det fremgår af memorandaene, at Kommissionens repræsentanter i løbet af de tre dage på de tre steder har benyttet et meget stort antal nøgleord. På Rettens begæring har Kommissionen fremlagt en liste over de nøgleord, inspektørerne fik meddelt ved begyndelsen af den første kontrolundersøgelse. Denne liste indeholder 90 nøgleord. De omtvistede nøgleord udgør således kun en lille procentdel af alle de benyttede nøgleord. Det skal ligeledes understreges, at listen over nøgleord benyttet ved en kontrolundersøgelse kan udvikles alt efter den viden, der kommer frem under denne kontrolundersøgelse.
- 156 Hvad angår nøgleordet »NBS« er det rigtigt, at det kun er blevet benyttet ved afslutningen af den første kontrolundersøgelse den 31. marts 2011 omkring kl. 11:30. Ifølge Kommissionen kendte repræsentanterne ikke betydningen af denne forkortelse, og de benyttede den kun som led i en hurtig søgning for at fastslå en forbindelse med EET. Det skal i den henseende først fremhæves, at »NBS« betyder »Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen«, dvs. »betingelser for anvendelse af serviceinfrastrukturen«. Eftersom leveringen af EET er en uundværlig betingelse for adgang til det elektrificerede net, kan en forbindelse med betingelserne for anvendelse af serviceinfrastrukturer ikke umiddelbart udelukkes. Det følger endvidere af memorandummet fra fru D., at denne havde fundet, at dette nøgleord gav hende mulighed for at fastslå, at der ikke var forbindelse med EET-priserne. Hun havde således ikke fremsat indsigelser over for søgningen. Endvidere forekommer det under alle omstændigheder, i modsætning til hvad sagsøgerne har anført, ikke usammenhængende at benytte et ukendt nøgleord for ud fra de opnåede resultatets kontekst at kontrollere, om det er forbundet med en given problemstilling.
- 157 Hvad angår nøgleordet »[S.]« er det ubestridt, at det henviser til hr. S., som er leder i DUSS. Han arbejdede inden slutningen af maj 2009 for DB Schenker Rail, dvs. for et af de datterselskaber i DB-koncernen, som potentielt havde været begunstiget af DB Energies adfærd. Det er således muligt, at undersøgernes søgning blot vedrørte perioden inden hans virksomhed, således som Kommissionen har gjort gældende.
- 158 Hvad angår nøgleordet »[T.]« er Kommissionens forklaring overbevisende. Ifølge Kommissionen var det berettiget at søge oplysninger om virksomheden T. som led i den første kontrolundersøgelse, eftersom virksomheden var Deutsche Bahns konkurrent og dermed en potentielt forskelsbehandlet forbruger af DB Energie. Sagsøgenes påstand om, at DB Energies eneste EET-kunde, og dermed den eneste konkurrent til DB-koncernen, var virksomheden TXL, dvs. et datterselskab til virksomheden T., som i øvrigt var genstand for en særskilt søgning, kan ikke drage denne konklusion i tvivl. Ifølge Kommissionen havde virksomheden T. nemlig indgivet en klage vedrørende EET. Endvidere er det

meget muligt, at de ansatte i DB-koncernen ved denne lejlighed nærmere henviser til moderselskabet end til datterselskabet for at udpege sidstnævnte, hvilket gør Kommissionens undersøgeres brug af nøgleordet »[T.]« berettiget.

159 Hvad angår nøgleordet »[G.]« henviser det til hr. G.S., som er ansvarlig for infrastruktur med spor og installationer for DB Schenker Rail Deutschland. Undersøgerne fandt en e-mail fra hans konto i indbakken på hr. M.'s kontor om eftermiddagen den 29. marts 2011. Ifølge fru M.'s memorandum vedrørte denne e-mail foranstaltninger inden for priser til installationer til samling af tog. Ifølge fru S.'s memorandum brugte Kommissionens repræsentanter dette nøgleord om eftermiddagen den 30. marts 2011, fordi repræsentanterne ikke længere fandt den e-mail, de havde fundet dagen inden, hvilket Kommissionen har bekræftet. Ifølge Kommissionen ønskede de repræsentanter, der ikke havde haft mulighed for detaljeret at gennemgå denne e-mail den 29. marts 2011, at afgøre, om denne e-mail, der vedrørte en prisordning, havde forbindelse med prisordningerne for EET og nærmere bestemt oplysninger om hr. G.S.' aktiviteter. Valget af dette nøgleord var således berettiget.

160 Herefter skal sagsøgernes argumenter om de omtvistede dokumenter og nøgleord forkastes som ubegrundede.

Kommissionens adfærd inden den første kontrolundersøgelses begyndelse

161 Sagsøgerne har fremhævet, at Kommissionen ifølge elementerne i sagsakterne nogle dage, inden den første kontrolundersøgelse begyndte, anmodede virksomheden T. om at bekræfte, om dens klage af 16. marts 2011 stadig var gældende, hvilket beviser Kommissionens hensigt om at efterspore oplysninger om DUSS under den første kontrolundersøgelse. Kommissionens 32 repræsentanter blev endvidere oplyst om klagen vedrørende DUSS lige inden kontrolundersøgelsen. Endvidere godtgøres det ved den omstændighed, at virksomheden i genstanden for sin skrivelse af 16. marts 2011 vedrørende DUSS-sagen udtrykkeligt nævnte det af Kommissionens anvendte referencenummer i EET-kontrolundersøgelsesbeslutningen af 14. marts 2011 (»COMP 39.678«).

162 Hvad for det første angår sagsøgernes forespørgsler vedrørende den omstændighed, at Kommissionen nævnte mistanken i forhold til DUSS for sine repræsentanter inden den første kontrolundersøgelsesbeslutning, skal det fastslås, at det var berettiget at oplyse repræsentanterne om sagens overordnede sammenhæng.

163 Hvad angår forholdet mellem virksomheden T. og Kommissionen i månederne forud for kontrolundersøgelsen har Kommissionen endvidere i et svar på et skriftligt spørgsmål fra Retten anført, at virksomheden T. ved sin skrivelse af 26. januar 2011 og således på eget initiativ anmodede om et møde for at få oplysninger om, hvor langt proceduren var nået efter virksomhedens klage af maj 2009. Ved mødet den 23. februar 2011 bemærkede Kommissionen, at den hovedsageligt beskæftigede sig med klagen vedrørende EET. Virksomheden T.'s repræsentant underrettede herved Kommissionen om, at virksomheden i givet fald ville give Kommissionen oplysninger om DUSS, hvilket den gjorde i en supplerende skrivelse af 16. marts 2011. Det skal på denne baggrund fastslås, at kontakterne mellem virksomheden T. og Kommissionen i månederne forud for den første kontrolundersøgelse ikke kan tjene som bevis for, at der forelå en ulovlig målrettet søgning.

164 Sagsøgernes argumenter om Kommissionens adfærd inden den første kontrolundersøgelses begyndelse skal derfor forkastes som ubegrundede.

165 Henset til betragtningerne i præmis 123-164 ovenfor skal det tredje anbringende forkastes som ubegrundet.

Det fjerde anbringende om beskrivelsen af genstanden for den første, anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning.

- 166 Sagsøgerne har i det væsentlige gjort gældende, at den første, anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning udgør en tilsidesættelse af deres ret til forsvar som følge af en uforholdsmæssigt bred beskrivelse af kontrolundersøgelsesgenstanden i betragtning af de oplysninger, Kommissionen angiveligt besad, for det første hvad angår den pågældende adfærd, der omfattede næsten al tænkelig adfærd fra DB Energie og DUSS, for det andet markedets geografiske omfang, der omfattede alle de medlemsstater, hvori DB-koncernens datterselskaber virkede, og for det tredje den formodede overtrædelsesvarighed, idet der i den første, anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning ikke var fastsat en begrænsning i denne henseende.
- 167 Kommissionen har bestridt sagsøgernes argumenter som ubegrundede.
- 168 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 definerer de væsentlige oplysninger, der skal fremgå af en kontrolundersøgelsesbeslutning, idet Kommissionen pålægges at angive den påbudte kontrolundersøgelsesgenstand og formål, tidspunktet for dens påbegyndelse, oplysninger om de i forordningens artikel 23 og 24 fastsatte sanktioner samt om adgangen til at indbringe beslutningen for Unionens retsinstanser.
- 169 Begrundelsen for en beslutning om en kontrolundersøgelse har således til formål at klarlægge, hvorfor det påtænkte indgreb inden for de pågældende virksomheder er berettiget, men også at skabe et grundlag for, at virksomhederne bliver bekendt med omfanget af deres samarbejdspligt, samtidig med at deres ret til forsvar bevares (jf. vedrørende forordning nr. 17 Domstolens dom i Hoechst-sagen, nævnt ovenfor i præmis 86, præmis 29, og Roquette Frères-dommen, nævnt ovenfor i præmis 80, præmis 47).
- 170 Kravet om, at Kommissionen skal angive genstanden for og formålet med en kontrolundersøgelse, udgør således en grundlæggende garanti for de berørte virksomheders ret til forsvar, og følgelig kan omfanget af forpligtelsen til at begrunde kontrolundersøgelsesbeslutninger ikke begrænses på grundlag af betragtninger vedrørende undersøgelsens effektivitet. Selv om Kommissionen ikke er forpligtet til at give adressaten for en sådan beslutning meddelelse om samtlige de oplysninger om de formodede overtrædelser, som den råder over, til at foretage en præcis afgrænsning af det pågældende marked, til at angive en nøjagtig retlig kvalificering af disse overtrædelser eller til at anføre den periode, hvorunder overtrædelserne er begået, har Kommissionen dog pligt til klart at angive, hvilke formodninger dens påtænkte undersøgelse angår (jf. vedrørende forordning nr. 17 Dow Benelux-dommen, nævnt ovenfor i præmis 124, præmis 10, Hoechst-dommen, nævnt ovenfor i præmis 86, præmis 41, og Roquette Frères-dommen, nævnt ovenfor i præmis 80, præmis 48).
- 171 Kommissionen har i denne henseende ligeledes pligt til i en kontrolundersøgelsesbeslutning at redegøre for den formodede overtrædelses væsentlige kendetegn ved at angive det formodede relevante marked og arten af de konkurrencebegrænsninger, der er mistanke om, en beskrivelse af, hvorledes den af undersøgelsen omhandlede virksomhed formodes at være delagtig i overtrædelsen, samt de beføjelser, der er tillagt Unionens undersøgere (jf. vedrørende forordning nr. 17 Domstolens dom af 26.6.1980, sag 136/79, National Panasonic mod Kommissionen, Sml. s. 2033, præmis 26, og Roquette Frères-dommen, nævnt i præmis 80 ovenfor, præmis 81, 83 og 99).
- 172 For at godtgøre kontrolundersøgelsens berettigelse skal Kommissionen i enkeltheder i kontrolundersøgelsesbeslutningen vise, at den råder over tungtvejende, konkrete oplysninger og indicier, der begrundet mistanke om, at den af undersøgelsen omfattede virksomhed har begået den formodede overtrædelse (jf. vedrørende forordning nr. 17 Roquette Frères-dommen, nævnt i præmis 80 ovenfor, præmis 55, 61 og 99).

Den første kontrolundersøgelsesbeslutning

- 173 Ifølge sagsøgerne skal genstanden for den første kontrolundersøgelsesbeslutning, der er beskrevet i beslutningens artikel 1, anses for at være uforholdsmæssigt vid, for så vidt som den nævnte adfærd generelt henviser til »en potentielt uberettiget fordelagtig behandling indrømmet af DB Energie til fordel for andre datterselskaber i DB-koncernen, bl.a. i form af en rabatordning« for levering af EET, der er iværksat i Tyskland.
- 174 I den første kontrolundersøgelsesbeslutnings artikel 1 fastsættes kontrolundersøgelsens genstand til at vedrøre diskriminerende adfærd, uden at det udelukkes, at denne kan antage en anden form end en rabatordning. Det fremgår af den ovenfor i præmis 171 nævnte retspraksis, at det alene kræves, at Kommissionen beskriver den formodede overtrædelses væsentlige kendetegn, navnlig arten af den mistænkte konkurrencebegrænsning. Ved at præcisere, at den mistænkte konkurrencebegrænsning er en diskriminerende adfærd, der hovedsageligt har karakter af en diskriminerende prispraksis, findes det, at Kommissionen har opfyldt dette krav.
- 175 Endvidere skal en beslutnings dispositive del altid læses i lyset af betragtningerne. Det fremgår, at for så vidt som prisordningen for EET (16,7 Hz) ganske rigtigt næsten er den eneste genstand for kontrolundersøgelsen, selv om den pågældende adfærd ikke udelukkende er begrænset til rabatordningen iværksat efter 2002. Det fremgår ligeledes af sjette betragtning til den første kontrolundersøgelsesbeslutning, at de indicier, som Kommissionen har til rådighed, ikke udelukkende vedrører prispraksis.
- 176 Såfremt det ikke kan udelukkes, at en stor del af DB Energies adfærd kan være omfattet af kontrolundersøgelsen, forholder det sig ikke desto mindre således, i modsætning til hvad sagsøgerne har gjort gældende, at »potentielt næsten al« tænkelig adfærd fra DB Energie kan være berørt, samt at de formodninger, som Kommissionen har til hensigt at kontrollere, er klart specificeret i overensstemmelse med retspraksis nævnt ovenfor i præmis 170 og 171. Endvidere afvises det under alle omstændigheder straks, at det er muligt, at en kontrolundersøgelse vedrører hele en virksomheds adfærd, navnlig når virksomheden har et begrænset antal aktiviteter. Sagsøgernes argumenter vedrørende den adfærd, der er omfattet af den første kontrolundersøgelsesbeslutning, skal således forkastes som ubegrundede.
- 177 For det andet skal det vedrørende det geografiske aspekt først bemærkes, at Kommissionen i henhold til retspraksis ikke er forpligtet til præcist at afgrænse det pågældende marked (jf. præmis 170 ovenfor). Endelig skal det fastslås, at en diskriminerende rabatordning, selv om den er begrænset til Tyskland, kan medføre en uberettiget konkurrencemæssig begunstiggelse af de andre datterselskaber i DB-koncernen på alle de underliggende markeder, hvor de virker. Som Kommissionen har fremhævet, uden at det er bestridt af sagsøgerne, har visse af DB-koncernens datterselskaber hjemsted uden for Tyskland, ligesom markedet for varebefordring med jernbane er en aktivitet af international karakter, hvori DB-koncernen konkurrerer med udenlandske operatører. Kommissionen var således ikke forpligtet til at afgrænse den første kontrolundersøgelsesbeslutnings genstand til Tyskland.
- 178 For det tredje skal det vedrørende det tidsmæssige aspekt bemærkes, at Kommissionen i henhold til retspraksis ikke er forpligtet til at anføre den periode, hvori overtrædelserne er begået (jf. præmis 170 ovenfor), samt at det, som Kommissionen har anført, følger af sjette betragtning til den første kontrolundersøgelsesbeslutning, at den pågældende adfærd kunne stamme fra før 2002. I modsætning til hvad sagsøgerne har gjort gældende, var der således ikke grund til at begrænse genstanden for kontrolundersøgelsen til perioden efter 2002.
- 179 Sagsøgernes argumenter om den angiveligt uforholdsmæssigt vide genstand for den første kontrolundersøgelsesbeslutning skal derfor forkastes som ubegrundede.

Den anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning

- 180 Hvad angår den anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning skal det for det første fastslås, at beslutningernes dispositive del og betragtningerne for så vidt angår den pågældende adfærd og det geografiske og tidsmæssige aspekt i det væsentlige er identiske i de to beslutninger. Sagsøgernes argumenter om, at genstanden for disse to beslutninger er uforholdsmæssigt vid, kan således undersøges samlet.
- 181 For det andet skal det hvad angår den pågældende adfærd fastslås, at den er tilstrækkeligt præcist beskrevet i den anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning i betragtning af de krav, der følger af retspraksis nævnt ovenfor i præmis 170 og 171. Først og fremmest følger det af den anden kontrolundersøgelsesbeslutnings artikel 1 og sjette betragtning hertil samt af den tredje kontrolundersøgelsesbeslutnings artikel 1 og sjette til ottende betragtning hertil, at den pågældende adfærd vedrører forskellige former for praksis fra DUSS' side, som forskelsbehandlede konkurrenterne ved navnlig at give dem uegnet adgang til terminalerne, at selskabet leverer mindre effektive tjenesteydelser, eller at selskabet nægter adgang til terminalerne. Det præciseres endvidere, at det relevante underliggende marked er markedet for jernbanebefordring. Det skal i lighed med Kommissionens opfattelse bemærkes, at det følger af femte anbringende i henholdsvis sag T-290/11 og sag T-521/11, at sagsøgerne har forstået, hvilken adfærd kontrolundersøgelsen omfattede. Beskrivelsen af de væsentlige kendetegn ved den formodede overtrædelse var således tilstrækkelige i den anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning.
- 182 For det tredje var Kommissionen hvad angår det geografiske aspekt ikke forpligtet til at afgrænse genstanden for den anden og tredje kontrolundersøgelse til Tyskland, men kunne udvide den til alle medlemsstaterne. Overtrædelsen, der er genstand for disse kontrolundersøgelser, kan nemlig ligeledes påvirke det underliggende internationale marked for jernbanebefordring af passagerer og varer. Som Kommissionen har understreget, kan virkningerne, selv om der udelukkende tages hensyn til DUSS' anvendelse af indretningen af infrastrukturen i Tyskland, nemlig udstrækkes til andre medlemsstater. Det fremgår nemlig navnlig af virksomheden T.'s klage, som er fremlagt for Retten som led i foranstaltninger med henblik sagens tilrettelæggelse, at anvendelsen af terminalerne i Tyskland kan påvirke de konkurrenter, der ønsker at levere transportydelser til eller fra andre medlemsstater. Det skal endvidere i lighed med Kommissionen fremhæves, at kontrolundersøgelsesbeslutningerne er rettet til hele DB-koncernen og ikke kun til DUSS, dvs. til visse organisationer, hvis hjemsted ligger uden for Tyskland, og som har internationale aktiviteter.
- 183 For det fjerde skal det hvad angår det tidsmæssige aspekt atter bemærkes, at Kommissionen ifølge retspraksis ikke var forpligtet til at anføre den periode, hvorunder overtrædelserne er begået (jf. præmis 170 ovenfor). Endvidere har Kommissionen med rette anført, at den omstændighed, at Kommissionen havde indicier for, at den pågældende adfærd havde været iværksat siden i hvert fald 2007, ikke udelukker, at den havde været iværksat tidligere. Endvidere har Kommissionen anført, at den havde indicier for en skjult rabat ydet af DUSS til DB Schenker Rail Deutschland, uden at ikrafttrædelsesdatoen var kendt. Kommissionen havde således ikke grund til at begrænse det tidsmæssige aspekt for den anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning.
- 184 Henset til ovenstående betragtninger bør det fjerde anbringende forkastes som ubegrundet.

Det femte anbringende om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet

- 185 Sagsøgerne har i det væsentlige gjort gældende, at den første, anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning ikke var forholdsmæssige. Kommissionen har således overskredet det nødvendige for at nå det tilsigtede mål.

- 186 Hvad angår den første kontrolundersøgelsesbeslutning har sagsøgerne for det første fremhævet, at den pågældende rabatordning var udført på gennemsigtig vis siden 2003. EET-leveringsaftalen, som hver kunde havde indgået, hvoraf fremgik takstordningen samt rabatordningens opbygning, kunne ses på internettet. Der var således ingen grund til at nære mistanke om, at der forelå hemmelige metoder, der begrundede en kontrolundersøgelse. For det andet havde de nationale myndigheder og retter flere gange kontrolleret denne rabatordning og fundet den i overensstemmelse med »kartellovgivningen«. Kommissionen, som var oplyst om disse procedurer, kunne have skaffet sig alle de relevante oplysninger som led i dens samarbejde i henhold til artikel 12, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 med Bundeskartellamt (herefter »BKartA«). For det tredje er det for at godtgøre, at en kontrolundersøgelse er nødvendig, ikke relevant som led i den første kontrolundersøgelsesbeslutning at påberåbe sig en 15 år gammel beslutning (jf. præmis 221 nedenfor), hvori sagsøgerne i øvrigt ikke havde tilbageholdt bevisemønstre, og det medfører en »formodning om ond tro«, som er uforenelig med uskyldighedsformodningen sikret ved EMRK's artikel 6, stk. 2. For det fjerde var det upassende at foretage en kontrolundersøgelse, når der tages hensyn til de søgte oplysningers art. For det femte blev det i den første kontrolundersøgelsesbeslutning ikke præciseret, hvorfor Kommissionen, som havde kendt til denne rabatordnings eksistens siden 2006, havde ventet mere end fem år med at foretage kontrolundersøgelsen. For det sjette var interne dokumenter, såsom samarbejdspartneres subjektive vurderinger, uden relevans for at godtgøre, at en adfærd sanktioneret i henhold til artikel 102 TEUF var objektivt berettiget.
- 187 Under hensyn til alle disse betragtninger var der ingen grund til at antage, at sagsøgerne i det foreliggende tilfælde var fristede til at skjule bevisemønstre, ligesom en begæring om oplysninger i henhold til artikel 18 i forordning nr. 1/2003, som den af 4. august 2011, ville have været tilstrækkelig, henset til proportionalitetsprincippet.
- 188 I replikken har sagsøgerne gjort gældende, at der ikke kan foretages en prøvelse af kontrolundersøgelsesbeslutningens nødvendighed og forholdsmæssighed uden at efterprøve de indicier, som Kommissionen besad. Sagsøgerne har således foreslået Retten at anmode Kommissionen om at fremlægge disse indicier.
- 189 Under retsmødet har sagsøgerne gjort gældende, at dokumenterne vedrørende den anden kontrolundersøgelsesbeslutning, som blev midlertidigt inddraget under den første kontrolundersøgelse, ikke kunne tages fra og lægges i et forseglede kontor med henblik på senere at tage en kopi af dem.
- 190 Hvad angår den anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning har sagsøgerne for det første påberåbt sig, at Kommissionen manglede kompetence, idet adgangen til jernbaneinfrastrukturen var udtømmende reguleret af nationale regler i sektoren. Under alle omstændigheder kan en kontrolundersøgelse fra Kommissionens side ikke anses for nødvendig, når der tages hensyn til den omfattende kompetence, der tilkommer den tyske lovgivende myndighed i sektoren, BNetzA. For det andet skulle Kommissionen have koordineret med BNetzA for at indhente oplysninger og undgå parallelle procedurer. For det tredje kunne Kommissionen have indhentet de nødvendige oplysninger ved en begæring om oplysninger i henhold til artikel 18 i forordning nr. 1/2003, navnlig hvad angår den tredje kontrolundersøgelsesbeslutning. I tilfælde af efterfølgende kontrolundersøgelser skal der nemlig foreligge særligt alvorlige omstændigheder, der begrundes dem.
- 191 Kommissionen har gjort gældende, at alle sagsøgernes argumenter skal forkastes som ubegrundede.
- 192 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at proportionalitetsprincippet, der hører til unionsrettens almindelige grundsætninger, indebærer, at Unionens institutioners retsakter ikke må overskride grænserne for, hvad der er egnet og nødvendigt med henblik på at virkeliggøre det forfulgte mål, således at der, når der kan vælges mellem flere egnede foranstaltninger, skal vælges den mindst indgribende foranstaltning, ligesom de forvoldte ulemper ikke må være uforholdsmæssige i forhold til

de tilsigtede mål (jf. i denne retning Domstolens dom af 13.11.1990, sag C-331/88, Fedesa m.fl., Sml. I, s. 4023, præmis 13, og af 14.7.2005, sag C-180/00, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. I, s. 6603, præmis 103).

- 193 Hvad angår en beslutning om iværksættelse af en undersøgelse indebærer overholdelsen af proportionalitetsprincippet, at de påtænkte foranstaltninger ikke medfører ulemper, der er uforholdsmæssige og uacceptable i forhold til de mål, der forfølges med den pågældende kontrolundersøgelse (jf. vedrørende forordning nr. 17 Roquette Frères-dommen, nævnt ovenfor i præmis 80, præmis 76). Det valg, som Kommissionen skal foretage mellem en kontrolundersøgelse på grundlag af en simpel bemyndigelse og en kontrolundersøgelse på grundlag af en beslutning, afhænger imidlertid ikke af forhold såsom situationens særligt alvorlige karakter, dens stærkt hastende karakter eller et ubetinget fortrolighedshensyn, men af behovet for at indhente de oplysninger, der er nødvendige i forhold til den konkrete sags nærmere omstændigheder. Når formålet med en kontrolundersøgelsesbeslutning udelukkende er at sætte Kommissionen i stand til at indhente oplysninger, der er nødvendige for at tage stilling til en eventuel overtrædelse af traktaten, er en sådan beslutning således ikke i strid med proportionalitetsprincippet (jf. vedrørende forordning nr. 17 National Panasonic-dommen, nævnt ovenfor i præmis 171, præmis 28-30, og Roquette Frères-dommen, nævnt ovenfor i præmis 80, præmis 77).
- 194 Det tilkommer principielt Kommissionen at vurdere, om en oplysning er nødvendig for at påvise en overtrædelse af konkurrencereglerne, og selv om Kommissionen i forvejen er i besiddelse af visse indicier eller endog beviser for, at der foreligger en overtrædelse, kan den således med fuld ret skønne, at det er nødvendigt at beslutte yderligere kontrolundersøgelser for bedre at kunne afgrænse overtrædelsen og fastslå dens varighed (jf. vedrørende forordning nr. 17, Orkem-dommen, nævnt ovenfor i præmis 81, præmis 15, og Roquette Frères-dommen, nævnt ovenfor i præmis 80, præmis 78).
- 195 Sagsøgernes argumenter skal vurderes i lyset af disse principper.
- 196 I overensstemmelse med procesreglementets artikel 48, stk. 2, skal sagsøgernes klagepunkter, der er fremsat i replikken og under retsmødet, om, at en prøvelse af den første kontrolundersøgelsesbeslutnings nødvendighed og forholdsmæssighed ikke kan udføres uden at efterprøve arten af de indicier, som Kommissionen besad, samt om, at dokumenterne vedrørende den anden kontrolundersøgelse, som blev lagt til side under den første kontrolundersøgelse, kunne henlægges i et forseglede kontor, afvises som fremsat for sent.
- 197 Det skal nemlig bemærkes, at ifølge procesreglementets artikel 48, stk. 2, må nye anbringender ikke fremsættes under sagens behandling, medmindre de støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne. I det foreliggende tilfælde kan sagsøgernes klagepunkter, således som Kommissionen med rette har gjort gældende, ikke anses for en udvidelse af tidligere, direkte eller implicit fremsatte anbringender i stævningen, som har en nær forbindelse med disse. Følgelig skal disse klagepunkter afvises.
- 198 Følgelig kan sagsøgernes anmodning om fremlæggelse af de indicier, som Kommissionen besad inden den første kontrolundersøgelse, ikke tiltrædes.
- 199 Hvad angår sagsøgernes øvrige klagepunkter skal det for det første fastslås, at sagsøgerne har fremsat et vist antal argumenter for at godtgøre, at Kommissionen ikke havde kompetence til at iværksætte en kontrolundersøgelse i deres lokaler, fordi der på nationalt plan fandtes sektorspecifikke regler for transportsektoren. Sagsøgerne har endvidere anført, at kontrolundersøgelserne ikke var forholdsmæssige, idet Kommissionen kunne have indhentet alle de nødvendige oplysninger gennem de nationale myndigheder, som tidligere havde truffet en del afgørelser og vurderinger vedrørende den samme praksis.

- 200 Det skal i den forbindelse for det første bemærkes, at det fremgår af fast retspraksis, at Kommissionen, når den skal opfylde sin rolle i henhold til traktaten, ikke kan være bundet af en afgørelse, der er truffet af en national ret i medfør af artikel 101, stk. 1, TEUF og artikel 102 TEUF. Kommissionen er derfor berettiget til når som helst at træffe individuelle beslutninger i medfør af artikel 101 TEUF og 102 TEUF, også selv om en aftale eller en praksis allerede har været genstand for en national rets afgørelse, og den beslutning, som Kommissionen har til hensigt at træffe, er i strid med den nævnte retsafgørelse (jf. France Télécom-dommen, nævnt ovenfor i præmis 46, præmis 79, og Rettens dom af 10.4.2008, sag T-271/03, Deutsche Telekom mod Kommissionen, Sml. II, s. 1747, præmis 120 og den deri nævnte retspraksis).
- 201 Retten har i præmis 263 i Deutsche Telekom-dommen, nævnt ovenfor i præmis 200, ligeledes bekræftet, at tilstedeværelsen af sektorspecifikke regler ikke har betydning for vurderingen af en kommissionsbeslutnings forholdsmæssighed inden for konkurrenceretten. Dette princip gælder både for en endelig beslutning og for en kontrolundersøgelsesbeslutning.
- 202 Endelig har Retten i France Télécom-dommen, nævnt ovenfor i præmis 46 (præmis 79, 80 og 86), og i CB-dommen, nævnt ovenfor i præmis 75 (præmis 48), bemærket, at afholdelsen af tidligere møder mellem Kommissionen og sagsøgerne eller det forhold, at en national myndighed er forelagt en sag, ikke kan påvirke Kommissionens undersøgelsesbeføjelser i henhold til forordning nr. 1/2003.
- 203 For det andet skal det i lighed med Kommissionens opfattelse fremhæves, at der ikke er grund til at formode, at de nationale myndigheder har undersøgt alle de relevante spørgsmål og indsamlet alle de faktiske forhold ved de administrative og retslige procedurer, som sagsøgerne har omtalt. Det fremgår endvidere af sagsakterne, uden at sagsøgerne har bestridt det, at der udelukkende har været møder mellem sagsøgerne og de nationale myndigheder vedrørende ordningen med EET-leveringen. Følgelig har BKartA og BNetzA aldrig indledt en formel undersøgelse i den henseende.
- 204 For det tredje skal det fastslås, at Kommissionen har fremlagt en række faktiske oplysninger, som sagsøgerne ikke har bestridt. Ifølge Kommissionen vedrørte Oberlandesgericht Frankfurt-am-Mains dom, hvorved DB blev frifundet for at have tilsidesat de nationale konkurrenceregler med rabatordningen, udelukkende national konkurrenceret og ikke EU-retten. Årsagerne til, at denne dom blev endelig, var, at der blev indgået et udenretligt forlig mellem klagerne i nævnte sag og sagsøgerne under appellsagen. Som led i denne appel gjorde BKartA endvidere udtrykkeligt gældende, at den pågældende rabatordning var konkurrencebegrænsende, hvilket rejser tvivl om sagsøgernes påstand om, at de nationale myndigheder godkendte rabatordningen. Kommissionen har endvidere bemærket, at nævnte dom blev afsagt i 2006 og vedrørte begivenheder i 2003, mens Kommissionens egen undersøgelse ligeledes vedrører denne periode. Oberlandesgericht Frankfurt am Mains dom modsiges endelig af en dom afsagt umiddelbart efter af samme ret, hvilket formodentlig forklarer det udenretlige forlig i den første sag.
- 205 I betragtning af præmis 199-204 ovenfor skal alle sagsøgernes argumenter for at godtgøre, at Kommissionen manglede kompetence, eller at kontrolundersøgelserne ikke var uforholdsmæssige som følge af forudgående nationale afgørelser, forkastes som ubegrundede.
- 206 For det andet skal det vedrørende sagsøgernes argument om, at en begæring om oplysninger i henhold til artikel 18 i forordning nr. 1/2003 i betragtning af proportionalitetsprincippet var tilstrækkelig i nærværende sag, fastslås, at de tre iværksatte kontrolundersøgelser ikke forekommer uforholdsmæssige ud fra deres kontekst.
- 207 Det skal for det første bemærkes, at ifølge den retspraksis, som er anført ovenfor i præmis 193 og 194, afhænger det valg, som Kommissionen skal foretage mellem en kontrolundersøgelse og en mindre indgribende undersøgelsesforanstaltning, af behovet for at indhente de oplysninger, der er nødvendige i forhold til den konkrete sags nærmere omstændigheder. Endvidere tilkommer det ganske rigtigt Kommissionen at vurdere, om en oplysning er nødvendig for at kunne påtale en tilsidesættelse af

konkurrencereglerne. Desuden bemærkes, at Kommissionens undersøgelsesret ikke ville tjene noget formål, såfremt den kun kunne kræve fremlæggelse af dokumenter, som den forinden klart har kunnet identificere. En sådan beføjelse må derimod omfatte en ret til at efterspore oplysninger, der endnu ikke er kendte eller fuldt ud identificeret (Hoechst-dommen, nævnt ovenfor i præmis 86, præmis 27, og Ventouris-dommen, nævnt ovenfor i præmis 128, præmis 122). Følgelig har Kommissionen nødvendigvis en vis skønsmargen, når den vælger undersøgelsesforanstaltningen.

- 208 For det andet skal det i det foreliggende tilfælde hvad angår den første kontrolundersøgelsesbeslutning i lighed med Kommissionens opfattelse først og fremmest fastslås, at Kommissionen, for så vidt som de søgte oplysninger omfattede forhold, der skulle afsløre en eventuel hensigt til at fordrive konkurrenter gennem en uberettiget fordelagtig behandling indrømmet selskaberne i samme koncern i for af en rabatordning for EET-levering, med henblik på at oplyse sagen tilstrækkeligt kunne foretage denne kontrolundersøgelse. Det er nemlig vanskeligt at se, hvordan Kommissionen i givet fald kunne have fået disse oplysninger i hænde på anden vis end ved en kontrolundersøgelse. Som Kommissionen med rette har fremhævet, er en begæring om oplysninger i henhold til artikel 18 i forordning nr. 1/2003 ingen garanti for, at virksomhederne oversender inkriminerende dokumenter, som f.eks. e-mails.
- 209 Det skal endvidere fastslås, at de oplysninger, der angiveligt er offentligt tilgængelige, dvs. EET-leveringsaftalen, ikke var tilstrækkelige til præcist at fastslå tilstedeværelsen og indholdet af en formodet overtrædelse af artikel 102 TEUF. Som Kommissionen har fremhævet, giver de oplysninger, der er tilgængelige på internettet, nemlig ikke mulighed for bl.a. at vide, hvilke virksomheder der rent faktisk er begunstiget af rabatter og disse rabatters størrelse. Oplysningerne giver heller ikke mulighed for at fastslå virksomhedens handelsstrategi eller dennes virkninger. Det er, som Kommissionen har bemærket, vigtigt at underbygge, at der findes en aktiv konkurrencebegrænsende strategi, idet eksistensen af en sådan strategi dels giver mulighed for at afklare forskellige faktiske forhold, der kan kvalificeres som ulovlige, dels kan udgøre en skærpente omstændighed. Sagsøgerne har endvidere bekræftet denne faktiske tilstand, da de i deres replik forklarede, at de eftersporede oplysninger ikke i sig selv fandtes, eftersom oplysningerne havde behov for at blive sammenkædet med eksisterende, men utilgængelige oplysninger.
- 210 I denne forbindelse forkastes ligeledes sagsøgernes argument om, at behovet for at inddele oplysninger snarere indebærer en begæring om oplysninger end en kontrolundersøgelse. I det omfang disse oplysninger ikke var tilgængelige, var der nemlig fortsat en risiko for ødelæggelse af beviser. Endvidere kan den omstændighed, at Kommissionen, som sagsøgerne har gjort gældende, i tidligere sager har handlet anderledes for at få kendskab til virksomheders handelsstrategi, ikke i sig selv begrænse Kommissionens mulighed for i de foreliggende sager at iværksætte en kontrolundersøgelse. Det skal i den forbindelse fastslås, at sagsøgerne under alle omstændigheder hverken har anført de tidligere sager, de har henvist til, eller fremlagt konkrete forhold, der giver mulighed for at sammenligne omstændighederne i nævnte sager med omstændighederne i nærværende sager.
- 211 Hvad angår argumentet om, at interne dokumenter, som f.eks. samarbejdspartneres subjektive vurderinger, er uden relevans for at godtgøre, at en adfærd er objekt berettiget i henhold til artikel 102 TEUF, skal det endvidere fastslås, at kontrolundersøgelsens egentlige hovedformål ikke var at indsamle udsagn fra samarbejdspartnerne. Under alle omstændigheder kan det alt efter omstændighederne i det foreliggende tilfælde være nødvendigt at indhente udsagn fra samarbejdspartnerne med henblik på at få visse vurderinger af faktiske forhold vedrørende virksomhedens aktiviteter eller strategi.
- 212 Hvad endelig angår argumentet om, at en begæring om oplysninger i henhold til artikel 18 i forordning nr. 1/18 ville have været tilstrækkelig, idet Kommissionen den 4. august 2011 indgav en sådan begæring, dvs. for så vidt som Kommissionen under proceduren kunne have indhentet oplysninger fra sagsøgerne med andre midler end en kontrolundersøgelse, skal det, som Kommissionen med rette har fremhævet, bemærkes, at den omstændighed, at Kommissionen har indgivet en begæring om

oplysninger efter den anden og tredje kontrolundersøgelse, ikke er relevant for at afgøre, om disse kontrolundersøgelser var berettigede i betragtning af proportionalitetsprincippet for at fastslå en overtrædelse af artikel 102 TEUF.

- 213 Hvad angår den anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning skal det for det tredje fastslås, at sagsøgerne ikke har fremsat nye argumenter i forhold til de argumenter, der er fremsat vedrørende den første kontrolundersøgelse, til støtte for deres klagepunkt om, at en begæring om oplysninger i henhold til artikel 18 i forordning nr. 1/2003 havde været tiltrækkelig. Endvidere har de vedrørende den tredje kontrolundersøgelsesbeslutning gjort gældende, at der for efterfølgende kontrolundersøgelser skal foreligge særligt alvorlige omstændigheder, der begrundes dem.
- 214 Under alle omstændigheder skal det først fastslås, at i hvert fald visse forhold, der blev eftersporet som led i den anden og tredje kontrolundersøgelse, potentielt kunne afsløre en hensigt om at begå en overtrædelse og kunne findes i sagsøgernes lokaler. Det følger af disse beslutninger, at der er tale om dokumenter vedrørende forskellig praksis fra DUSS' side, som forskelsbehandler konkurrenterne, navnlig ved tildeling af en uegnet adgang til terminalerne, levering af mindre effektive tjenester og nægtelse af adgang til terminalerne. Det er vanskeligt at tro, at disse forhold i det foreliggende tilfælde skulle blive meddelt Kommissionen frivilligt som led i en begæring om oplysninger i henhold til artikel 18 i forordning nr. 1/2003, når der navnlig tages hensyn til de risici, som virksomheden løber, hvis der konstateres en overtrædelse af artikel 102 TEUF.
- 215 Endvidere gælder de anbringender, der er anført ovenfor i præmis 209 og 211 vedrørende betydningen af at underbygge en aktiv konkurrencebegrænsende strategi fra virksomhedens side og samarbejdspartnernes subjektive vurderinger, ligeledes for den anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning. Det skal desuden bemærkes, at Kommissionen, i modsætning til hvad sagsøgerne har gjort gældende, havde kompetence til at iværksætte en kontrolundersøgelse og ikke skulle koordinere med de nationale myndigheder (jf. præmis 199-205 ovenfor).
- 216 Hvad angår argumentet om, at der skal foreligge særligt alvorlige omstændigheder for at begrunde efterfølgende kontrolundersøgelser, er det endelig rigtigt, at Kommissionen i tilfælde af efterfølgende kontrolundersøgelser besidder visse oplysninger, som er indhentet under tidligere kontrolundersøgelser, inden den foretager nævnte kontrolundersøgelser. I modsætning til hvad sagsøgerne har gjort gældende, indebærer dette dog ikke, at Kommissionen skal indhente yderligere oplysninger, som den finder nødvendige, ved en begæring om oplysninger i henhold til artikel 18 i forordning nr. 1/2003, eller at kun særligt alvorlige omstændigheder kan begrunde en ny kontrolundersøgelse. Det fremgår nemlig af retspraksis nævnt ovenfor i præmis 193 og 194, at det valg, som Kommissionen skal foretage mellem en kontrolundersøgelse på grundlag af en beslutning og en anden undersøgelsesforanstaltning, ikke nødvendigvis afhænger af forhold såsom situationens særligt alvorlige karakter, dens stærkt hastende karakter eller et ubetinget fortrolighedshensyn, men af behovet for at indhente de oplysninger, der er nødvendige i forhold til den konkrete sags nærmere omstændigheder. Kommissionen kan således med fuld ret skønne, at det er nødvendigt at beslutte at gennemføre yderligere kontrolundersøgelser for bedre at kunne fastslå overtrædelsen, selv om den allerede havde indicier, eller beviser, vedrørende en overtrædelses eksistens, som den havde indhentet ved tidligere kontrolundersøgelser.
- 217 Under hensyn til betragtningerne fremsat ovenfor i præmis 206-216 forkastes alle sagsøgernes argumenter om, at en begæring om oplysninger i henhold til artikel 18 i forordning nr. 1/2003 havde været tilstrækkelig i det foreliggende tilfælde, og at kontrolundersøgelsesbeslutningerne derfor ikke var forholdsmæssige.
- 218 For det tredje kan sagsøgernes argument om, at der mangler et forhold, der godtgør, at der forelå en reel risiko for, at beviser ville blive ødelagt eller skjult i tilfælde af en begæring om oplysninger i henhold til artikel 18 i forordning nr. 1/2003, heller ikke tages til følge.

- 219 For det første er der hverken ved forordning nr. 1/2003 eller ved retspraksis indført en sådan begrænsning. For det andet er der, i modsætning til hvad sagsøgerne har gjort gældende, ikke tale om den eneste årsag, der har begrundet Kommissionens beslutning om at iværksætte kontrolundersøgelserne, idet den væsentligste årsag var eftersporingen af forhold, der bl.a. kunne afsløre en strategi om udelukkelse af konkurrenter, og som sagsøgerne kunne være i besiddelse af. For det tredje giver argumentet om en mangel på forhold, der godtgør, at der forelå en reel risiko for, at beviser ville blive ødelagt eller skjult, forkastes i betragtning af omstændighederne i det foreliggende tilfælde af årsagerne nævnt ovenfor i præmis 208-214. For det fjerde giver dommen afsagt af Oberlandesgericht Frankfurt-am-Main (jf. præmis 204 ovenfor) ikke mulighed for at fastslå, som sagsøgerne har gjort, at der ikke var en risiko for tilintetgørelse af oplysninger.
- 220 For det fjerde skal det hvad angår den påståede tilsidesættelse af uskyldsformodningen bemærkes, at princippet om uskyldsformodningen, som det fremgår af artikel EMRK's 6, stk. 2, er en del af de grundlæggende rettigheder, som i medfør af Domstolens praksis er beskyttet i Unionens retsorden.
- 221 I det foreliggende tilfælde fremgår det af tiende betragtning til den første kontrolundersøgelsesbeslutning, at Kommissionen rent faktisk har henvist til Domstolens kendelse af 27. april 1999, sag C-436/97 P, Deutsche Bahn mod Kommissionen (Sml. I, s. 2387), og Rettens dom af 21. oktober 1997, sag T-229/94, Deutsche Bahn mod Kommissionen (Sml. II, s. 1689), hvori fastslås, at sagsøgerne havde overtrådt artikel 102 TEUF som følge af deres prispraksis, sammenholdt med andre forhold, for at begrunde risikoen for, at de pågældende virksomheder forsøger at skjule eller ødelægge bevismateriale. Kommissionens forklaring om, at den alene har henvist til disse sager for at understrege, at sagsøgerne nødvendigvis var bekendt med de mulige følger af en konstatering af en overtrædelse, og at de dermed kunne foranlediges til at tilintetgøre beviser, hvis de blev forelagt en begæring om oplysninger i henhold til artikel 18 i forordning nr. 1/2003, er troværdig. Dette forhold kan endvidere være relevant for det valg, der skal foretages mellem forskellige undersøgelsesforanstaltninger. Endelig skal det bemærkes, at den første, anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning er beslutninger om at iværksætte en kontrolundersøgelse, og at de dermed hverken indeholder sanktioner eller forhold, der fastslår nogen form for skyld. I betragtning heraf fastslås det, at klagepunktet om en tilsidesættelse af uskyldsformodningen skal forkastes som ubegrundet.
- 222 For det femte skal det hvad angår sagsøgernes påstand om, at de ikke forstår, hvorfor Kommissionen, selv om denne havde haft kendskab til denne rabatordnings eksistens siden 2006, ventede mere end fem år, inden den foretog denne kontrolundersøgelse, blot fastslås, at det, selv om Kommissionen havde haft oplysninger, der siden 2006 havde givet den beføjelser til at foretage kontrolundersøgelser, således som sagsøgerne har gjort gældende, ikke har betydning for, om de nævnte kontrolundersøgelser er forholdsmæssige. Det skal endvidere bemærkes, at det tilkommer Kommissionen at vurdere muligheden for at indlede en undersøgelse, og at forældelsesreglerne findes for at beskytte virksomhederne.
- 223 I betragtning af disse forhold fremgår det ikke, at Kommissionen i nærværende sag har handlet uforholdsmæssigt i forhold til det forfulgte mål og således har tilsidesat proportionalitetsprincippet, eftersom anvendelsen af kontrolundersøgelser, iværksat i henhold til artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003, er passende i betragtning af omstændighederne i det foreliggende tilfælde.
- 224 Herefter skal det femte anbringende dels afvises, dels forkastes som ubegrundet.

Den tredje og fjerde påstand

- 225 Med deres tredje og fjerde påstand har sagsøgerne nedlagt påstand om, at Retten dels annullerer alle foranstaltninger truffet på grundlag af kontrolundersøgelserne omhandlet i nærværende sag, dels tilpligter Kommissionen at tilbagelevere samtlige dokumentkopier, som er blevet udfærdiget under nævnte kontrolundersøgelser.
- 226 Hvad angår den tredje påstand skal det fastslås, at det på dette trin ikke er muligt at fastsætte genstanden for sagsøgernes påstand tilstrækkeligt præcist. Det kan navnlig ikke afgøres, om påstanden vedrører de akter, der kan anfægtes i henhold til artikel 263 TEUF. Den tredje påstand skal således afvises, idet den ikke kan anses for tilstrækkelig præcis; jf. artikel 21 i statuten for Domstolen og procesreglementets artikel 44, stk. 1, litra c).
- 227 Hvad angår den fjerde påstand skal det, som Kommissionen har gjort gældende, bemærkes, at sagsøgerne ved at anmode Retten om at tage stilling til følgerne af en annullation af kontrolundersøgelsesbeslutningerne ønsker at opnå en erklæring om virkningen af en eventuel annullationsdom, som ligeledes udgør et pålæg til Kommissionen om at gennemføre denne. Da Retten imidlertid ikke inden for rammerne af legalitetskontrollen i henhold til artikel 263 TEUF har kompetence til at afsige deklatoriske domme (jf. i denne retning Domstolens kendelse af 9.12.2003, sag C-224/03, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 14751, præmis 20-22) eller meddele påbud, uanset om sådanne påbud vedrører den nærmere opfyldelse af afsagte domme (kendelse afsagt af Domstolens præsident den af 26.10.1995, forenede sager C-199/94 P og C-200/94 P, Pevasa og Inpesca mod Kommissionen, Sml. I, s. 3709, præmis 24), skal sagsøgernes fjerde påstand afvises som åbenbart ubegrundet (jf. i denne retning Rettens dom af 4.2.2009, sag T-145/06, Omya mod Kommissionen, Sml. II, s. 145, præmis 23).
- 228 Det følger af det foregående, at Kommissionen skal frifindes i disse sager i det hele.

Sagens omkostninger

- 229 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, dømmes den tabende part til at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgerne i sagerne T-289/11, T-290/11 og T-521/11 har tabt sagen, bør det pålægges sagsøgerne at betale sagens omkostninger i hver sag i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom.
- 230 Rådet, EFTA-Tilsynsmyndigheden og Kongeriget Spanien bærer deres egne omkostninger i henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 4, første og andet afsnit.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Fjerde Afdeling):

- 1) **Europa-Kommissionen frifindes.**
- 2) **Deutsche Bahn AG, DB Mobility Logistics AG, DB Energie GmbH, DB Netz AG, DB Schenker Rail GmbH, DB Schenker Rail Deutschland AG og Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße mbH (DUSS) betaler Kommissionens omkostninger og bærer deres egne omkostninger.**
- 3) **Rådet, EFTA-Tilsynsmyndigheden og Kongeriget Spanien bærer deres egne omkostninger.**

Pelikánová

Jürimäe

Van der Woude

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 6. september 2013.

Underskrifter

Indhold

Twistens baggrund	2
Den første kontrolundersøgelse	2
Den første kontrolundersøgelsesbeslutning	2
Gennemførelsen af den første kontrolundersøgelse	4
Den anden kontrolundersøgelse	5
Den anden kontrolundersøgelsesbeslutning	5
Gennemførelsen af den anden kontrolundersøgelse	6
Den tredje kontrolundersøgelse	6
Den tredje kontrolundersøgelsesbeslutning	6
Gennemførelsen af den tredje kontrolundersøgelse	7
Retsforhandlinger og parternes påstande	7
Retlige bemærkninger	8
Det første anbringende om en tilsidesættelse af retten til boligens ukrænkelighed som følge af en manglende forudgående retskendelse	9
Formaliteten	9
Om realiteten	11
Det andet anbringende om en tilsidesættelse af retten til en effektiv domstolsprøvelse	17
Det tredje anbringende om tilsidesættelse af sagsøgernes ret til forsvar under hensyntagen til, at gennemførelsen af den første kontrolundersøgelse er behæftet med uregelmæssigheder	19
Den grundige gennemgang af hr. M.'s kontor	22
De omtvistede dokumenter og nøgleord	23
Kommissionens adfærd inden den første kontrolundersøgelses begyndelse	25
Det fjerde anbringende om beskrivelsen af genstanden for den første, anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning.	26

Den første kontrolundersøgelsesbeslutning	27
Den anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning	28
Det femte anbringende om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet	28
Den tredje og fjerde påstand	35
Sagens omkostninger	35